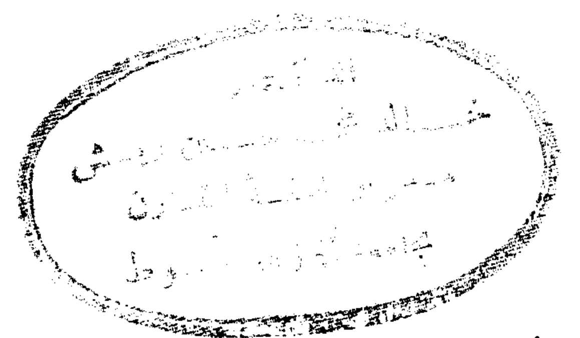
التصـــرف فـي الديـــون
وتطبيقاتــــه المعاصــرة
في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي



التصرف في الديون

وتطبيقاتـه المعاصـرة

في الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

دكتــور

خـالد محمد حسين إبراهيم

قسم الفقه المقارن

كلية الشريعة والقانون بأسيوط

٢٠٠٦

دار الجـامعـة الجديــدة

٢٨ شارع سوتير ـ الأزاريطة ـ الإسكندرية ت ٤٨٦٨٠٩٩

E-mail : darelgamaaelgadida@hotmail.com

بسم الله الرحمن الرحيم

إهداء

أهدى ثواب هذا العمل إلى روح فقيد العلم فضيلة الأستاذ الدكتور / عبد الرازق حسن فرج - سائلاً المولى - عز وجل - أن يتغمده بواسع رحمته وأن يسكنه أعلى درجات جنانه ، جزاء ما قدم للعلم وأهله ، إنه - تعالى - على ما يشاء قدير ، وبالإجابة جدير .

د. خالد محمد حسين

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

١- الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على البشير المبعوث رحمة للعالمين ، سيدنا محمد ﷺ الذى عرف الأمة الأحكام وأبان لها مناهج الحلال والحرام ، وعلى آله ، وصحبه ، ومن تبع هديه بإحسان إلى يوم الدين .

وبعد !!!

فإن شريعة الإسلام هى المحجة البيضاء ، والصراط المستقيم ، شرعها الله – تعالى – بعلمه وأنزلها على خاتم أنبيائه ورسله ، ووفر لها من أسباب القوة والحفظ ما جعلها خالدة أبد الدهر ، معصومة عن أن تميل إلى باطل أو تنحرف إلى ضلال ، ويسر لها منذ عصر الصحابة والتابعين أقواماً آمنوا بها ، وأخلصوا لها ، فشمروا عن سواعد الجد فى خدمتها ، وتجلية أحكامها وأدلتها ، وتوسيع آفاقها وبيان أصولها وفروعها ، ودراسة أحوال الناس على ضوئها.

ولقد كان الفقه الإسلامى فى مختلف العصور مظهراً من مظاهر عناية الأمة بهذه الشريعة ، وكانت المذاهب التى تستند إلى أصوله الثابتة ، وقواعده المقررة مدارس للنظر والبحث والاستنباط والترجيح اعتمادا على الأدلة المستمدة من كتاب الله – تعالى – وسنة نبيه ﷺ وما استند إليه من إجماع صحيح أو قياس واضح ، أو أدلة ظنية ، أو قواعد أصولية أو فقهية .

وقد دونت فى هذا كله كتب نافعة ، ومصنفات جامعة تحوى آراء أصحاب هذه المذاهب وأقوال متبعيهم وترجيحات مرجحيهم ، حتى أصبحت المكتبة الفقهية الإسلامية غنية بهذه الثمرات الطيبة من آثار السلف والتى تعد – بحق – من أعظم مفاخر المسلمين .

٢ – بيد أن الفقه الإسلامى يحتاج إلى كتابات حديثة تبسط ألفاظه ، وتنظم موضوعاته ، وتربط اجتهاداته بالمصادر الأصلية له ، وتيسر للباحث طريق الرجوع إليه للاستفادة منه فى مجال التقنين.

وهذا ما أصبحت تعنى به كليات الشريعة والقانون ، وكليات الحقوق ، إذ أخذت الدراسات الإسلامية طريقاً جديداً، وأسلوباً مستحدثاً، وذلك عن طريق دراسة الفقه الإسلامى دراسة مقارنة، سواء بمقارنة آراء مذاهبه المختلفة بعضها ببعض، أو بمقارنته بالقوانين الوضعية، وذلك للعمل على إنشاء قانون من هذا الفقه محقق لحاجات العصرحال لمشاكله العديد المختلفة خاصة وأن الدعوة إلى تطبيق الشريعة الإسلامية التى ينادى بها بها المخلصون من أبناء هذه الأمة ليست مجرد حنين إلى الماضى ، ولا تعصباً لفكر قانونى معين ، بل إنها تمثل فى المقام الأول استرداداً لذاتنا الإسلامية ، ولا شك أن الفقه الإسلامى جزء من هذه الذات .

لما كان ذلك كذلك فقد أردت الإدلاء بدلوى فى هذا الشأن وذلك عن طريق تقديم دراسة متخصصة لنيل درجة العالمية " الدكتوراه " فى الفقه المقارن بعنوان (التصرف فى الديون وأهم تطبيقاته المعاصرة – دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى) .

٣– سبب اختيار الموضوع :

ومما حدا بى لاختيار هذا الموضوع ما يأتى :

أ – إنه يعد من أهم موضوعات المعاملات المالية فى الفقه الإسلامى ، وأكثرها عمقاً ودقة وشمولاً ، إذ إنه يعد بمثانة العصب السارى فى هيكل العقود والمعاملات .

ب – ومما يزيده أهمية وشأناً أن كثيراً من المعاملات المالية المعاصرة كخصم الأوراق التجارية ، والتحويلات المصرفية ، وتظهير الأوراق التجارية ، وغيرها إنما يرتكز تخريجها الفقهى على أساس فروع وقواعد التصرف فى الدين .

جـ - أضف إلى ذلك : أن التعامل بالدين أصبح منتشراً على نطاق واسع فأردت أن أميط اللثام عن هذا الموضوع ، وأبرزه فى صورة قريبة إلى الأذهان ، بعيدة عن الغموض والإيهام .

د - كما لا يخفى أن موضوعات هذه الدراسة ، ومسائلها لا يضمها عنوان أو باب مستقل فى كتب الفقه الإسلامى أو القانون الوضعى ، بل إنها منثورة فى أبواب وفصول وأجزاء مدونات الفقه مع شيء من التعقيد والتداخل والغموض ، فحاولت جمعه وتطبيقه على بعض المعاملات العصرية التى أصبحت واقعاً ملموساً ، مما يدل على تجدد الفقه الإسلامى وحيويته ، وصلاحيته لكل زمان ومكان .

٤- منهج البحث: لقد نهجت فى إعداد هذا البحث نهجاً يعتمد على ما يأتى:

(أ) عرضت لكل مسألة من مسائله فى كتب مذاهب أهل السنة ، وكذلك فى كتب المذاهب الأخرى ما استطعت إلى ذلك سبيلاً ، كما عرضت لها فى القانون الوضعى على قدر ما وفقنى الله إلى ذلك .

(ب) احتطت أشد احتياط فى نسبة الآراء إلى قائليها ، فلم آخذ رأياً لفقيه إلا من كتب مذهبه، اللهم إلا بعض الفقهاء الذين ليس لهم فقه مدون ، فهؤلاء قد أخذت آراءهم من كتب الفقه المقارن .

(ج) فى عرضى للمسألة من الناحية الشرعية ، قمت بعرض الآراء وأدلتها ، ثم ناقشت الأدلة الضعيفة ، ثم بعد ذلك رجحت ما قوى دليله ، ولم أتعصب فى ترجيحى لمذهب من المذاهب ، ولا لرأى معين ، إذ كلهم من رسول الله ملتمس ، وإنما كان قصدى إظهار ما رأيت أنه الحق ، دون انتقاص من الآراء الأخرى .

(د) قمت بتخريج الأحاديث والآثار الواردة فى هذا البحث ، من المصادر الأصلية حتى يقتنع القارئ ويطمئن إلى سلامة ما يصل إليه البحث من نتائج .

(هـ) قمت بترجمة أكثر الأعلام الواردة فى البحث .

(و) قمـــت بعزو الآيات القرآنية إلى السور التى وردت فيها مع ذكر رقم الآية .

(ز) هذا من الناحية الشرعية أما من الناحية القانونية ، فقد تتبعت المسألة فى المؤلفـــات الفقهـــية القانونية ، وكذا فى التقنين المدنى المصرى وبعض التقنيـــنات العربية ، وعضدت ذلك بما جرى عليه قضاء محكمة النقض كلما أمكن ذلك.

(ح) نيلت كل الجزئيات بمقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى .

(ط) نيلـــت البحث بمجموعة فهارس ، فخصصت أحدها للآيات القرآنية الـــتى وردت فـــى البحث وآخر للأحاديث النبوية ، وثالثاً للأعلام ، ورابعاً للمراجع ، وختمت هذه الفهارس بفهرس تفصيلى لموضوعات الرسالة .

٥ - **خطة البحث** : وقد قسمت بحثى هذا إلى خمسة أبواب ، تسبقها مقدمة ، وباب تمهيدى ، وتليها خاتمة .

٦- هـــذا ورغـــم ما بذلت فى بحثى هذا من جهد ــ يعلم الله وحده مداه ــ فلست أدعى السلامة من العيوب ، والبراءة من الهنات ، فليس هناك بحـــث يخلو من الهفوات ويسلم من الزلات ، فالكمال لله ــ تعالى ــ وحده سبحانه أحسن كل شيء صنعاً .

وكـــل ما استطعت أن أصل إليه هو أننى أسهمت بلبنة متواضعة فى بـــناء ضخم ، تاركاً لمن هو أقدر منى أن يرتفع بهذا البناء ، فيتم ما عجزت عـــنه ، ويكمـــل مـــا قصرت فيه ، فهذا هو أحسن ما أمكننى الوصول إليه بجهدى المتواضع ، وليس بأكمل ما يصل إليه غيرى : ﴿ وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ ﴾ . [١]

---

[١] سورة يوسف من الآية رقم ٧٦ .

وأختم هذه المقدمة بما ختم به العلامة خليل[1] مقدمة مختصره فقال :

" والله أسأل أن ينفع به من كتبه ، أو قرأه ، أو حصله ، أو سعى فى شــىء منه ، والله يعصمنا من الزلل ، ويوفقنا فى القول والعمل ، ثم أعتذر لــذوى الألــباب عن التقصير الواقع فى هذا الكتاب ، وأسأل بلسان التضرع والخشوع ، وخطاب التذلل والخضوع أن ينظر بعين الرضا والصواب ، فما كــان مــن نقــص كملــوه ، ومن خطأ أصلحوه ، فقلما يخلص مصنف من الهفوات ، أو ينجو مؤلف من العثرات " [2] .

وَآخِرُ دَعْوَانَا أَنِ الحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ العَالَمِين .

الفقير إلى عفو ربه وتوفيقه
خالد محمد حسين ابراهيم
قسم الفقه المقارن
كلية الشريعة والقانون بأسيوط

---

(1) العلامــة خلــيل : هــو خلــيل بــن إسحاق بن موسى ، ضياء الدين الجندى ، فقيه مــالكى مــن أهــل مصــر ، كان يلبس زى الجند ، تعلم فى القاهرة ، وولى الإفتاء علــى مذهــب مــالك ، مــن مؤلفاتــه : (المختصر فى الفقه) ويعرف بمختصر خلــيل ، وقــد شــرحه كثــيرون ، وترجم إلى الفرنسية ، توفى - رحمه الله - سنة ٧٧٦هـــ .

(2) مختصــر خلــيل مــع الشــرح الكبــير للدرديــر وحاشية الدسوقى عليه ، جـــ ١ ص ٢٧ وما بعدها ، طبعة دار إحياء الكتب العربية بدون تاريخ .

تمهيد
فى
بيان ماهية التصرف وحقيقة الدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

ويشتمل على فصلين :

الفصل الأول : بيان ماهية التصرف والفرق بينه وبين ما قد يشتبه به فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الفصل الثانى : بيان حقيقة الدين وأقسامه ومصادره فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الفصل الأول

بيان ماهية التصرف
والفرق بينه وبين ما قد يشتبه به
فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

ويشتمل على مبحثين :

المبحث الأول : تعريف التصرف وأقسامه فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المبحث الثانى : الفرق بين التصرف وما قد يشتبه به فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المبحث الأول
تعـريـف التصـرف وأقسـامـه فـى الفـقـه الإسـلامـى والقانون المدنى

٧ - ويشـتمل عـلى مطلبين :

المطلب الأول : تعريف التصرف فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى.

المطلب الثانى : أقسام التصرف فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المطلب الأول
تعريـف التصـرف فى الفقـه الإسـلامى والقـانون المـدنى

٨ - ويشـتمل عـلى فـرعـين :

الفرع الأول : تعريف التصرف فى الفقه الإسلامى .

الفرع الثانى : تعريف التصرف فى القانون المدنى .

***- المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى .**

الفـرع الأول
تعـريـف التصـرف فـى الفـقـه الإسـلامـى

٩ - أولاً : **تعـريـف التصـرف فـى اللغـة** : التصـرف فـى اللغة مأخوذ من الصـرف ، والـذى مـن معانـيه الاحتيال للأمر ، والتقلب فيه ، وتدبيره وتوجيهه .

جـاء فـى لسان العرب : " الصرف : التقلب والحيلة . يقال : فلان يصرف ، ويتصرف ، ويصطرف لعياله . أى : يكتسب لهم ... " [١]

وجـاء فـى القـاموس المحيط : " وتصريف الآيات تبيينها ، وفى

---

(١) جـ ٧ صـ ٣٢٩ طـبعة دار إحـياء الـتراث العـربى ، بيروت ــ الطبعة الثالـثة سـنة ١٤١٩هـ/١٩٩٩م ، وكذلـك : المعجم الوجيز الصادر عن مجمع اللغة العربية صـ ٣٦٤ .

الدراهم والبياعات : إنفاقها، وفى الكلام اشتقاق بعضه من بعض ، وفى الرياح : تحويلها من وجه إلى وجه ... وصرفته فى الأمر تصريفاً فتصرف : قلبته فتقلب ، واصطرف: تصرف فى طلب الكسب... " (١)

ويمكن أن يقال : إن التصرفات المالية يراد بها تقليب المال فى وجوه التعامل المتعددة كالبيع والشراء والإنفاق ، إلى غير ذلك من الوجوه ، إذ يعد كل ذلك رداً للمال من وجه إلى آخر .

١٠ - **ثانياً : تعريف التصرف فى الفقه الإسلامي** :

لم أقف على تعريف للتصرف عند الفقهاء القدامى ، أما الفقهاء المحدثون فقد عرفوا التصرف بأنه : " ما يصدر عن الشخص بإرادته من قول أو فعل أو نحوهما يرتب عليه الشارع أثراً من الآثار " (٢)

١١ - **شرح التعريف** : (ما يصدر عن الشخص) جنس فى التعريف يشمل كل ما يصدر عن الشخص سواء أكان قولاً أم فعلاً (٣) ، وسواء

---

(١) جـ ٣ صـ ١٥٧ باب الفاء فصل الصاد ـ طبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب سنة ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م ، وهى نسخة مصورة عن الطبعة الثالثة للطبعة الأميرية سنة ١٣٠١هـ .

(٢) ينظر : تعريف التصرف بهذا التعريف: أستاذنا المرحوم الدكتور : عبد المجيد مطلوب : النظرية العامة فى الفقه الإسلامى صـ ٨٠ ، ٨١ الناشر : دار النهضة العربية سنة ١٤١٣هـ/١٩٩٣م ، وفى المعنى ذاته : الأستاذ الشيخ محمد مصطفى شلبى : المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى صـ ٣٦٦ ، طبعة دار التأليف سنة ١٣٨٣هـ/١٩٦٤م . أ . د / نصر فريد واصل : المدخل الوسيط لدراسة الشريعة الإسلامية صـ ٢١٥ ، طبعة مطبعة النصر ـ الطبعة الأولى سنة ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م ، أ . د / وهبة الزحيلى : الفقه الإسلامي وأدلته ،جـ ٤ صـ ٢٩٢٠ ، طبعة دار الفكر ـ بيروت الطبعة الرابعة سنة ١٤١٨هـ/١٩٩٧م ، أ . د / حسين حامد حسان : المدخل لدراسة الفقه الإسلامى ، صـ ٢٣٧ ، طبعة مكتبة المتنبى ـ بدون تاريخ ، أ . د / أحمد فراج حسين : الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ، صـ ١٣٢ ، طبعة دار المطبوعات الجامعية سنة ١٩٩٩م .

(٣) المراجع السابقة : المواضع نفسها .

أكـــان الشـــخص لــــــه إرادة معتـــبرة أم لا ، وســـواء كـــان مـــا يصدر عن الشـــخص ممـــا يرتـــب علـــيه الشـــارع أثـــراً شرعياً كالبيع والقتل ، أم لا يرتب عليه الشارع ذلك كتناول الطعام والمشى فى الطرقات .[١]

(بإرادتـــه) قيد يخرج به ما يصدر عن الشخص بغير إرادته ، كما لـــو كـــان مكـــرهاً ، فإن تصرفه ــ والحالة هذه ــ لا يكون معتبراً ، لقول رســـول الله ــ ﷺ ــ : " إن الله وضـــع عـــن أمـــتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه "[٢] .

(مـــن قول) قيد ثان سيق لبيان النوع الأول من أنواع التصرف ، وهو التصرف القولى وذلك كالبيع والهبة والوقف وغيرها .

(أو فعـــل) قـــيد ثالث لبيان النوع الثانى من أنواع التصرف وهو التصرف الفعلى كإحراز المباحات ، والقتل ، والسرقة ، وغيرها .

وقولـــه : (من قول أو فعل) يشمل الأقوال والأفعال الصادرة عن الشـــخص كما سبق بيانه سواء أكانت هذه الأقوال والأفعال لصالح من صدر منه كالبيع والاصطياد ، أم لصالح غيره كالوقف والوصية والإبراء من الدين ، أم كان فيه ضرر لمن صدر منه كالقتل والإتلاف ، إذ يرتب الشارع على كل منهما الجزاء العادل[٣] والرادع لمن صدر منه .[٤]

وقوله : (يرتب عليه الشارع أثراً من الآثار) يخرج به ما لا يرتب

---

(١) أ . د / نصر فريد واصل : المرجع السابق والموضع نفسه .

(٢) هـــذا الحديـــث أخـــرجه ابـــن ماجـــه عن ابن عباس ــ ﷺ ــ . ينظر : سنن ابن ماجـــه : كـــتاب الطـــلاق ١٦ بـــاب طلاق المكره والناسى حديث رقم ٢٠٤٥ ، جـــــ ١ ص ٦٥٩ ، تحقـــيق : محمـــد فـــؤاد عـــبد الـــباقى ط دار إحياء التراث العربى ــ سنة ١٣٩٥هـ/١٩٧٥م .

(٣) إذ يرتـــب الشـــارع علـــى الأول القصـــاص أو الديـــة ، وعلى الثانى الضمان . ينظر : أ . د / حسين حامد حسان المرجع السابق الموضع نفسه .

(٤) أ . د / عـــبد المجـــيد مطلـــوب : المـــرجع والمكان السابقان ، أ . د / أحمد فراج حسين : المرجع والمكان السابقان

الشارع عليه أثراً من الآثار كتناول الطعام والمشى فى الطرقات .[١]

هــــذا : وإذا كان التعريف السابق للتصرف هو الذى درج عليه جمهور الفقهــاء ، إلا إن بعضهم قد قصر التصرف الشرعى على ما كان بــالقول فقــط ، حيــث يعــرف التصرف بأنه : "كل ما يكون من تصــرفات الشخص القولية ، ويرتب عليه الشارع أثراً شرعياً فى المستقبل "[٢] .

أمــا مــا كــان بالفعل فلا يسمى تصرفاً عنده ، وإنما يسمى واقعة شرعية يرتب الشارع عليها أثراً[٣] .

* **ولكـــن الـــراجـــح** : هــو مــا ذهب إليه الجمهور ، وذلك لأن التصــرف الشــرعى كمــا يشمل الأقوال الصادرة عن الشخص فهو يشمل الأفعال ، ويرتب عليها آثارها .

الفـرع الـثـانـى

تـعـريـف الـتـصـرف فـى الـقـانـون الـمـدنـى

١٢- لكــى تتضــح ماهــية التصرف فى القانون المدنى ، لابد من النظر فى مصــادر الالــتزام ، وبــيان موقع التصرف القانونى من هذه المصادر ، فأقول وبالله التوفيق :

إن فقهــاء القــانون المدنى يقررون أن الالتزام لابد لـــه من مصدر

---

(١) وإن كــان بعــض الفقهــاء يــرى أن هــذه الأشياء تعد داخلة فى التعريف ، وذلك لأنهــا مــن المــباحات والإباحــة مــن الأحكام الشرعية . ينظر : أ . د / نصر فريد واصل : المرجع والمكان السابقان

(٢) الإمــام محمــد أبــو زهــرة : الملكــية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية فقرة ١٠٢ صـــ ٢٠١ طبعة دار الفكــر العــربى ، ويــنظر : فــى نقل ذلك عنه : أ . د / نصــر فــريد واصــل : المــرجع الســابق صــــ ٢١٥ ، ٢١٦ ، أ . د / حامد حسان : المرجع والمكان السابقان .

(٣) أ . د / نصر فريد واصل : المرجع السابق صـــ ٢١٦ .

ينشئــه [1] ، وهذا المصدر يتمثل ــ بصفة عامة ــ فى الوقائع القانونية [2] ، وهذه الوقائع قد تكون من فعل الطبيعة ، وقد تكون من فعل الإنسان :

١٣- أولاً : الوقـائع الطـبيعية :

وهى تلك الوقائع التى تحدث دون أن يكون للإنسان يد فى حدوثها، [3] وذلك كهبوب الرياح والعواصف وانفجار البراكين ، ودوران الأرض ، فهذه أمور تعد وقائع لا ترجع إلى عمل الإنسان ، ومع ذلك فقد تؤثر فى العلاقات القانونية الموجودة،فهبوب الرياح والعواصف وانفجار البراكين قد تكون قوة قاهــرة تعفى المدين من التزامه ، ودوران الأرض حول نفسها يحدد ساعات تنفيذ الالتزام فى عقد العمل ، ودورانها حول الشمس يحصى السنين اللازمة للتملك بالتقادم [4] .

وقــد تكــون الواقعة من عمل الجماد كانهيار سقف على مستأجرى مــنزل ، فهذا الانهيار قد يسبب مسئولية المؤجر ، كما قد تكون الواقعة من عمــل النــبات ، كنضوج الثمر ، فأنه يحدد نهاية الإيجار الواقع على أرض

---

(١) أ . د / سـليمان مــرقس : الوافــى فــى شرح القانون المدنى ٢ – فى الالتزامات ــ المجلــد الأول نظــرية العقــد والإرادة المــنفردة : فقــرة ١٩ صـــــ ٣٧ ، الطبعة الرابعة سنة ١٩٨٧م .

(٢) الوقــائع القانونــية : هــى تلــك الوقــائع التى يرتب عليها القانون آثاراً قانونية ،و عكســها الوقــائع الماديــة الــتى لا يرتــب القــانون عليها أثراً ؛ وذلك كمجرد الأكــل والشــرب والســير والتــنفس ، و قيام صداقة بين شخص وآخر . ينظر : أ . د / سـليمان مــرقس : المــرجع والمكــان السابقان ، أ . د / محمد إبراهيم دسوقى : مصادر الالتزام : صـــ ٩ ، ١٠ ، طبعة سنة ١٩٨١م .

(٣) أ . د / سـليمان مــرقس : فقــرة ٢٠ صـــــ ٣٨ ، أ . د/ لبيــب شنب : دروس فـــى نظــرية الالــتزام ــ مصـــادر الالـــتزام فقرة ٧ صـــ ١٤ طبعة دار التأليف ــ بدون تاريخ .

(٤) أ . د / عــبد الــرزاق الســنهورى : الموجــز فــى الــنظرية العامة للالتزامات : فقــرة ١٧ صـــــ ١٩ ، الدكــتور/ محمــود محمــد الطنطاوى : حقيقة التصرف وأقســامه صـــ ٢٦ ، وهــو بحــث منشــور فــى مجلــة العلــوم القانونــية والاقتصادية التى تصدرها كلية الحقوق جامعة عين شمس عدد يناير١٩٧٣م

رراعية (المواد ٤٨٤ ــ ٤٨٥ مدنى) كما قد تكون مس عمل الحيوان ، كنتاج المواشى يملكه المرارع فى عقد المزارعة فى بعض الأحوال (المادة ٤٨٧ مدنى) [١] .

١٤- ثانياً : الوقائع التى من فعل الإنسان [٢] :-

وهى تلك الوقائع التى يكون للإنسان يد فى وقوعها ، سواء صدرت عن إرادة منه ، أو عن غير إرادة ، [٣] وهى نوعان : أعمال مادية ، وتصرفات قانونية : -

النوع الأول : الأعمال المادية [٤] :-

وهى تلك الأعمال التى تصدر عن الشخص ويرتب عليها القانون أثراً بصرف النظر عن إرادة صاحبها ، فسواء اتجهت إرادة الشخص إلى إحداث هذا الأثر ، أم اتجهت إلى غيره ، أم لم تتجه إلى إحداث أثر ما ، فإن القانون هو الذى يرتب على هذه الأعمال أثرها .

فقد يريد الشخص العمل والأثر المترتب عليه ، كما إذا قام بعمل

---

(١) أ . د / السنهورى : المرجع والمكان السابقان ، ا . د / سليمان مرقس : المرجع والمكان السابقان .

(٢) ويطلق بعض الفقهاء على هذا النوع من الوقائع اسم (الوقائع الاختيارية) ينظر : أ . د / سليمان مرقس فقرة ٢٠ صـ ٣٨ ، أ . د / محمد إبراهيم الدسوقى صـ ١٠ ، ولكن الأفضل تسميتها (الإنسانية) ؛ وذلك نظراً لأن معنى الاختيار لا يتحقق إلا فى بعضها ــ كما سيأتى ــ ينظر : أ . د / جميل الشرقاوى : النظرية العامة للالتزام الكتاب الأول : مصادر الالتزام صـ ٣٤ هامش ١ ، الناشر دار النهضة العربية سنة ١٩٩٥م .

(٣) أ . د / عبد المنعم فرج الصدة : مصادر الالتزام : فقرة ٢٨ صـ ٤٠ الناشر دار النهضة ١٩٨٦م .

(٤) وقد انتقد البعض تسمية (الأعمال المادية) بهذا الاسم فى مقابلة (الأعمال أو التصرفات القانونية) على أساس أن ذلك (قد يوهم أن الأعمال المادية ليس لها أثر قانونى ، والواقع غير ذلك ..) ويفضل هذا البعض اسم (الأعمال القانونية غير التصرفية) ينظر : أ . د / عبد الحى حجازى : مصادر الالتزام ١- المصادر الإدارية فقرة ٢٩ صـ ٢٤ ، ٢٥ .

نـــافع أثرى به الغير على حسابه ، كما لو قام بإصلاح حائط للجار معرض للسقوط دون أن يكون ملزماً بذلك ، وقد يريد الشخص العمل ولا يريد الأثر المترتـــب علـــيه ، كما إذا قام بعمل غير مشروع عن قصد منه بأن ارتكب جريمة عن عمد .

وقـــد لا يريد الشخص العمل الصادر منه ، ولا يريد الأثر المترتب علـــيه ، كمـــا لو صدر منه عمل غير مشروع عن إهمال بأن صدم المارة بســـيارته (١) والحكم فى جميع هذه الحالات واحد هو أن القانون يرتب عليها آثارها . سواء أرادها من وقعت منه ، أم لا ، وسواء أراد الأثر الذى يترتب عليها ، أم لا . (٢)

النـــوع الثانى : التصــرفـات القـانونيـة :

وهـــى تلـــك الوقـــائع الـــتى ترجع لإرادة الإنسان ، وتسمى بالعمل الإرادى ، وهـــو عمـــل الإرادة المحضة التى تتجه إلى إحداث نتائج قانونية معينة . (٣)

وهذه الوقائع تسمى بالأعمال القانونية ، أو التصرفات القانونية تمييزاً لهـــا عن الأعمال المادية ، وهذه التصرفات إما صادرة من جانبين أى عقود تتم بتوافق إرادتين كالبيع والإيجار والوكالة ، أو تصرفات صادرة من جانب واحـــد ، وهـــى الإرادة المنفردة ،و ذلك كالوصية والوقف ، والوعد بجائزة

---

(١) أ . د / الصـــدة : المـــرجع والمكـــان الســـابقان ، أ . د / لبيـــب شنب : المرجع والمكـــان الســـابقان ، ا . د / مـــرقس : الموضـــع نفســـه ، أ . د / عبد الرزاق الســـنهورى : الوســـيط : نظـــرية الالـــتزام بوجـــه عام ـــ مصادر الالتزام فقرة ٣٢ صـــ ١٣٠ ، ١٣١ طبعة ، ١٩٥٢م .

(٢) د/ محمود محمد الطنطاوى : مرجع سبق ذكره صـــ ٥ .

(٣) أ . د / الســـنهورى فـــى الموجـــز : فقـــرة ١٧ صـــــ ٢٠ ، أستاذنا الدكتور عبد الـــرازق حســـن فـــرج : دور الســـكوت فى التصرفات القانونية ـــ دراسة مقارنة : فقـــرة ٢٧ صـــــ ٥٠ ـــ طـــبعة مطـــبعة المدنـــى ـــ مصـــر سنة ١٤٠٠هـــ/ ١٩٨٠م ، أ . د / عبد المنعم فرج الصدة : فقرة ٢٨ صـــ ٤٠ .

الموجه إلى الجمهور . [١]

وهذا الوقائع القانونية جميعها تصلح لأن تكون مصادر للالتزام ، فإذا كنا بصدد وقائع طبيعية يقال إن مصدر الالتزام هو القانون ؛ لأن القانون هو الذى ينص مباشرة على الالتزام ، وإذا كنا بصدد أعمال مادية مشروعة أو غير مشروعة ، فإننا نكون بصدد مصادر غير إرادية للالتزام ، وهى الإثراء بلا سبب ، والعمل غير المشروع ، وإذا كنا بصدد تصرف قانونى فإننا نكون أمام مصادر الالتزام الإرادية وهى العقد والإرادة المنفردة . [٢]

١٥- المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى :

بالنظر إلى معنى التصرف فى كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى ، يتضح ما يأتى :

١- إن التصرف فى الفقه الإسلامى إنما هو عمل إرادى " ما يصدر عن الشخص بإرادته .. " وبالتالى يخرج عن نطاقه ما يسمى فى القانون المدنى " الوقائع المادية " التى لا يرتب عليها القانون أثراً قانونياً ، وذلك كمجرد الأكل والشرب والتنفس ، وقيام صداقة بين شخص وآخر ، كما يخرج ـ أيضاً ـ من نطاق التصرف من الوقائع القانونية ما يسمى "الوقائع الطبيعية " وهى التى تحدثها الطبيعة دون أن يكون للإنسان يد فى حدوثها ، وذلك كهبوب العواصف وانفجار البراكين ... لما سبق ذكره من أن التصرف أمر إرادى وهذه الوقائع وأمثالها لا دخل للإرادة فيها ،و بالتالى لا تسمى تصرفاً .

٢- وعلى ذلك فإن المقارنة بين التصرف فى الفقه الإسلامى ،و التصرف فى القانون تنحصر فى الوقائع أو الأعمال التى ترجع إلى عمل الإنسان.

---

(١) أ . د / السنهورى ـ السابق : الموضع نفسه ، أستاذنا الدكتور عبد الرزاق حسن فرج فقرة ٢٧ صـ ٥١ ، أ . د / عبد المنعم فرج الصدة : الموضع نفسه ، أ . د / لبيب شنب : فقرة ٨ صـ ١٥ .

(٢) السنهورى : المرجع السابق الموضع نفسه .

فالتصرف فى الفقه الإسلامى يشمل (التصرفات الفعلية) وهو ما يقابل ـ فى القانون المدنى (الأعمال المادية أو الأعمال القانونية غير التصرفية) وذلك كقيامه بإصلاح حائط لجاره معرض للسقوط ،و القتل والإتلاف ، كما يشمل (التصرفات القولية) وهو ما يقابل (التصرفات القانونية) فى القانون المدنى ، سواء أكانت هذه التصرفات صادرة من إرادتين كالبيع والإجارة ، أم كانت صادرة من إرادة المتصرف فقط كالوصية ، والإبراء ،و الوقف ... إلخ .

أما " التصرف " فى القانون المدنى فلا ينسحب إلا على ما يسمى فى الفقه الإسلامى (التصرفات القولية) التى هى العقد والإرادة المنفردة .

وعلى ذلك يكون (التصرف) فى الفقه الإسلامى أعم منه فى القانون المدنى ، إذ كل تصرف شرعى تصرف قانونى ولا عكس . [1]

المطلب الثانى

أقسام التصرف فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

١٦- ويشتمل على فرعين :

الفرع الأول : أقسام التصرف فى الفقه الإسلامى .

الفرع الثانى : أقسام التصرف فى القانون المدنى .

* المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

---

(١) هذا على رأى جمهور الفقهاء الذين يعرفون التصرف الشرعى بأنه : (ما يصدر عن الشخص بإرادته من قول أو فعل يرتب الشارع عليه أثراً من الآثار) أما على رأى بعض الفقهاء الذين يعرفون التصرف الشرعى بأنه : (ما يكون من تصرفات الشخص القولية ويرتب عليه الشارع أثراً قانونياً فى المستقبل) فإن التصرف الشرعى يكون مرادفاً للتصرف القانونى ، فكلاهما لا يشمل إلا التصرفات القولية ، سواء كانت هذه التصرفات صادرة من إرادتين ، أو من إرادة واحدة . يراجع فيما سبق فقرة ١١ صـ ٤ ، ٥ من هذه الرسالة ، وكذلك : أ . د / نصر فريد واصل : مرجع سبق ذكره صـ ٢١٥ ، ٢١٦ ، أ . د / حسين حامد حسان : مرجع سبق ذكره ، صـ ٢٣٧ .

الفـرع الأول
أقسام التصـرف فـى الفـقـه الإسـلامى

١٧- وبالنظر إلى تعريف الفقهاء للتصرف ، فإنه يتضح أنه ينقسم إلى قسمين : تصرف قولى ، وتصرف فعلى :

١٨- **أولاً : التصرف القـولـى :**

هــو ذلــك التصرف الذى يصدر عن الشخص من قول أو ما يقوم مقابله من الكتابة أو الإشارة ، ويرتب عليه الشارع أثراً من الآثار . [١] وهو إما أن يكون ناشئاً عن إرادتين ، وإما أن يكون ناشئاً عن إرادة واحدة :

١- التصـــرف القولى الناشئ عن إرادتين : وهو ذلك التصرف القولى الذى يــتم باتفـــاق إرادتين ، أى أنه يحتاج إلى صيغة تصدر من الطرفين ، وتبيــن اتفاقهمـــا علـــى أمـــر ما ، ويعرف بالتصرف العقدى ، وهو يشـــمل ســـائر العقود التى لا تتم إلا بوجود طرفين موجب وقابل وذلك كالبــيع والإجــارة والوكالة وغيرها ، فإن هذه الأمور لا تتم إلا برضا الطرفين . [٢]

٢- التصرف القولى الناشئ عن إرادة واحدة، ويسمى بالتصرف القولى غير العقدى وهو نوعان:

أ- نـــوع يقصـــد بـــه إنشـــاء حق أو إنهاؤه ، أو إسقاطه ،و ذلك كالوقف والطلاق والإبراء .

ب- نـــوع لا يقصد به إنشاء حق ، ولا إنهاؤه ،و لا إسقاطه ، بل يقصد به مجرد الإخبار بحق ، وذلك كالدعوى والإقرار . [٣]

---

(١) أ . د / محمود محمد الطنطاوى : المرجع السابق صـــ ٦ .

(٢) المـــرجع الســـابق : الموضـــع نفســـه ،و كذلك : أ . د / وهبة الزحيلى : المرجع السابق جـــ ٤ صـــ ٢٩٢١ .

(٣) أ . د / وهـــبة الزحـــيلى : الموضـــع نفســـه ، ا . د / حســـين حامد حسان صـــ ٢٣٧ ، أ . د / أحمـــد فـــراج حســـين ،صـــ ١٣٢ ، ا . د / عبد الحميد محمود الـــبعلى : ضـــوابط العقـــود : دراســـة مقارنـــة فـــى الفقـــه الإســـلامى وموازنة بالقـــانون الوضـــعى وفقهـــه ، صـــ ٥٥ ، الناشر مكتبة وهبة الطبعة الأولى ـــ بدون تاريخ .

١٩- **ثانياً : التصرف الفعلى .**

وهـو مـا كان مصدره عملاً لا قولاً ، يرتب عليه الشارع أثراً من الآثـار ، وذلـك كالقـتل والسرقة والزنا ، وإحراز المباحات والإتلاف ، وغيرها من الأفعال التى يرتب الشارع حكما على وقوعها ، سواء كانت هذه التصـرفات نافعـة كإحراز المباحات والاصطياد ، أم كانت ضارة كالحدود والإتلاف .[١]

الفـرع الثانـى

أقســام التـصـرف فـى القـانــون المـدنـى

٢٠- أما التصرف فى القانون المدنى والذى يقابل فى الفقه الإسلامى بالتصرف القولـى فهو ـ أيضاً ـ إما أن يكون ناشئاً عن إرادتين ، وإما أن يكون ناشئاً عن إرادة واحدة .

٢١- **التصرف القانونى الناشئ عن إرادتين :**

يتمثل هذا التصرف فى العقود التى تتم بتوافق إرادتين ، وذلك كالبيع والإجارة وغيرهما[٢].

فعقـد البيع ينعقد بتلاقى إرادة البائع مع إرادة المشترى ، وينشأ عنه الـتزام البائع بتسليم المبيع ، والتزام المشترى بالوفاء بالثمن ، وعقد الإيجار ينعقد بتلاقى إرادة المؤجر مع إرادة المستأجر ، ويترتب عليه التزام المؤجر بتمكيـن المسـتأجر من الانتفاع بالشئ المؤجر ، والتزام المستأجر بالوفاء بالأجرة [٣].

---

(١) أ . د / محمـد زكـى عـبد الـبر : التصرفات والوقائع الشرعية : صـ ١٠٠ ، طبعة دار القلم ، د / عبد الحميد البعلى : المرجع السابق صـ ٥٤ .

(٢) أ.د عـبد المـنعم فـرج الصـدة : فقـرة ٢٨ص ٤٠،٤١ أسـتاذنا الدكـتور عبد الرازق حسن فرج : فقرة صـ ٥١ .

(٣) أ.د محمد لبيب شنب : فقرة ٨ص ١٥،١٦

٢٢ - ٢ - التصرف القانونى الناشئ عن إرادة واحدة :

ويسمى بالتصرف الأحادى، أو التصرف الانفرادى ، وهو ينعقد بإرادة واحدة ولا يحتاج نشوء الالتزام فيه إلى تلاقى إرادتين ، ومثال هذا التصرف : الوعد بجائزة ، والوقف ، والوصية ، ففى هذه التصرفات تكفى إرادة الواعد والواقف والموصى لنشوء الالتزام على عاتقه دون حاجة إلى إرادة الطرف الأخر[١].

٢٣ - المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى :

بالنظر إلى أقسام التصرف فى كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى يتضح أن تقسيم التصرف فى الفقه الإسلامى إلى تصرف قولى وتصرف فعلى يجعل من التصرف الشرعى تصرفا أشمل وأعم من التصرف القانونى ، سواء أكان صادرا من جانبين ـ وهو العقد ـ أو كان صادرا من جانب واحد ، كالوعد بجائزة والوصية ، والوقف ، وعلى ذلك فالتصرف القانونى لا يقابل سوى ما يعرف فى الفقه الإسلامى بالتصرف القولى بل حتى التصرفات القولية الصادرة من جانب واحد فى الفقه الإسلامى أعم منها فى القانون المدنى ، وذلك لأن التصرفات الصادرة من جانب واحد فى الفقه الإسلامى منها ما يقصد به إنشاء حق أو إنهاؤه أو إسقاطه ، كالوقف والطلاق والإبراء ، ومنها ما لا يقصد به ذلك ، بل يقصد به مجرد الإخبار بحق ، كالدعوى والإقرار ، وذلك بخلاف التصرفات الصادرة من جانب واحد فى القانون المدنى ، حيث تقتصر على الأول دون الثانى .

---

(١) أ.د محمد لبيب شنب : الموضع نفسه ، أ.د محمد إبراهيم دسوقى : فقرة ٤ ص ١١. أ.د / السنهورى فى الموجز : فقرة ٧ ص ٢٠ ، وفى الوسيط : المصادر : فقرة ٣٢ ص ١٣١ ، أستاذنا الدكتور عبد الرازق حسن فرج الموضع نفسه .

المبحث الثاني

الفرق بين التصرف وما قد يشتبه به في الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٢٤ - تمهيد وتقسيم :

التصرف والعقد والالتزام كلمات ثلاث يرد ذكرها فى ثنايا بحوث الفقهاء ويختلط أمرها أحيانا على بعض القارئين لما بين معانيها من التشابه فى بعض الوجوه ، وقد سبق بيان معنى التصرف ، ويجدر - الآن - بيان معنى العقد والالتزام حتى يمكن التفرقة بينها تفرقة تمكن من معرفة معنى التصرف معرفة لا خفاء فيها، وهذا يقتضى أن تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : الفرق بين التصرف والعقد فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المطلب الثانى : الفرق بين التصرف والالتزام فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المطلب الأول

الفرق بين التصرف والعقد فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٢٥ - ويشتمل على فرعين :

الفرع الأول: تعريف العقد فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى.

الفرع الثانى: الفرق بينه وبين التصرف فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى.

الفرع الأول

تعريف العقد فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٢٦ - ويشتمل على غصنين :

الغصن الأول : تعريف العقد فى الفقه الإسلامى .

الغصن الثانى : تعريف العقد فى القانون المدنى .

* المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الغصن الأول

تعريف العقد فى الفقه الإسلامى

٢٧ - **معنى العقد فى اللغة** : العقد فى اللغة له معان كثيرة يظهر فيها معنى الربط بين شيئين والجمع بينهما ، والإحكام والتقوية ، سواء أكان ربطاً حسياً وهو الأصل كعقد الحبل ، أم كان ربطاً معنوياً للكلام ، سواء أكان من جانب واحد كما يقال : عقدت النية والعزم أم من جانبين ، كما يقال : عقدت البيع والنكاح .

جاء فى لسان العرب "والعقد : العهد ، والجمع عقود وهى أوثق العهود ، وتعاقد القوم : تعاهدوا ، وقوله تعالى : ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** ... ﴾ [1] قيل: هى العهود ، وقيل : هى الفرائض التى ألزموها ......" [2] .

وجاء فى القاموس المحيط : "عقد العقد ، والبيع والعهد يعقده : شده .... والعقد : الضمان والعهد" [3]

٢٨ - **تعريف العقد فى الفقه الإسلامى** : لا يبعد معنى العقد فى اصطلاح

---

(١) سورة المائدة من الآية رقم (١)

(٢) جـ ٩ صـ ٢٠٩

(٣) جـ ١ صـ ٣١٣ باب الدال فصل العين ، وفى المعنى ذاته : مختار الصحاح ص ٢١٠ طبعة دار المنار ، المعجم الوجيز الصادر عن مجمع اللغة العربية ص ٤٢٦ وفيه (عقد ... الحبل ونحوه : جعل فيه عقدة ، عقد ... طرفى الحبل ونحوه : وصل أحدهما بالآخر بعقدة تمسكهما فأحكم وصلهما ، وعقد ... البناء : ألصق بعض حجارته ببعض بما يمسكها فأحكم إلصاقها ... وعاقده : عاهده ... ويقال : عقد اليمين : أكدها ، وفى القرآن الكريم (**ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان**) سورة المائدة من الآية رقم ٨٩).

الفقهاء عن معناه عند علماء اللغة العربية ، وإن كان أكثر منه تحديدا ، وله عند فقهاء الشريعة الإسلامية معنيان أحدهما عام ، والآخر خاص :

٢٩ – **المعنى العام للعقد** : وهو الأقرب إلى المعنى اللغوى ، وهو كل ما عقد الشخص العزم عليه سواء أكان صادراً عن إرادة منفردة ، وذلك كالوقف ، والإبراء ، والطلاق ، واليمين ، أم احتاج فى إنشائه إلى إرادتين وذلك كالبيع والإجارة والتوكيل وغيرها(١).

٣٠- **المعنى الخاص للعقد** : وهو المعنى المشهور ، والمراد عند الكلام عن نظرية العقد ، وهو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر

---

(١) ينظر : أحكام القرآن للجصاص جـ ٣ صـ ٢٨٥ من تفسير أول سورة المائدة ـ الناشر : دار المصحف ـ الطبعة الثانية .

وينظر أيضا : أحكام القرآن لابن العربى فى تفسير أول سورة المائدة جـ ٢ ص ٥٢٦ ، ٥٢٩ تحقيق محمد على البجاوى ، طبعة دار الجبل بيروت ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبى جـ ٣ صـ ٢١٣١ الناشر دار الغد العربى ، الفروق للقرافى جـ ٤ ص ١٣ طبعة عالم الكتب – بدون تاريخ ، المجموع شرح المهذب للنووى جـ ٩ صـ ٢٦١ طبعة دار الفكر دون تاريخ ، وفيه : (...... فى مذاهب العلماء فى تصرف الفضولى ... ذكرنا أن مذهبنا المشهور بطلانه ، ولا تقف على الإجازة ، وكذا الوقف ، والنكاح ، وسائر العقود) فهنا سمى الوقف عقدا على الرغم أنه صدر بتصرف انفرادى من الواقف : وأيضا المعنى لابن قدامة مع الشرح الكبير جـ ٤ صـ ٤،٥ طبعة دار الفكر ببروت ـ الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ – ١٩٨٤م وفيه بشأن المعاطاة : (.... ولأن البيع مما تعم به البلوى ، فلو اشترط له الإيجاب والقبول لبينه ﷺ ـ بيانا عاما ، ولم يخف حكمه .... وكذلك الحكم فى الإيجاب والقبول فى الهبة والهدية والصدقة لم ينقل عن النبى ﷺ ولا عن أحد من الصحابة استعمال ذلك فيه ... ولو كان الإيجاب والقبول شرطا فى هذه العقود لشق ذلك ...) فقد سمى ـ هنا ـ الهبة ، الهدية ، والصدقة عقوداً على الرغم من أنها تصدر بتصرف انفرادى ، وينظر أيضا : أستاذنا الدكتور عبد الرازق حسن فرج : نظرية العقد الموقوف فى الفقه الإسلامى – دراسة مقارنة ، والمراجع والمشار إليها فيه ص ١٣– ١٤ الناشر : دار النهضة العربية سنة ١٩٦٩م.

على وجه مشروع يظهر أثره فى المحل بما يدل عليه"[1] .

شـــرح هـــذا التعريف : قوله : " ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الأخر " .

معنـــاه : أن يكـــون القبول موافقاً للإيجاب ، بمعنى أن تكون إرادتا المتعاقدين متوافقتين فى محل العقد ، فإذا أراد أحد المتعاقدين أن يبيع شيئاً ، وقصد من يريد التعاقد أن يشترى شيئا آخر أو أراد أحدهما أن يبيعه شيئين ، وقصد من يريد التعاقد معه أن يشترى أحدهما أو العكس فلا ينعقد العقد .

جـــاء فـــى البدائع: " إذا أوجب البيع على العبد ،فقبل فى الجارية لا ينعقد ، وكذا إذا أوجب فى العبدين فقبل فى أحدهما ... لا ينعقد "[2].

كذلـــك يجـــب أن يـــتوافق الإيجاب والقبول على الثمن ،كما لو قال شخص لآخر : بعتك هذا الشئ بمائة، فقال الآخر : قبلت بمائة وخمسين ، أو قال شخص : بعت لك هذا الشئ بمائة جنيه مصرى ، فقال قبلت بمائة ريال سعودى لا ينعقد العقد .

جـــاء فـــى مغنى المحتاج : " فلو قال : بعتك بألف مكسرة ، فقال : قبلـــت بألف صحيحة أو عكسه ، أو بعتك بألف ، فقبل بألف وخمسمائة ، أو بألف فقبل بخمسمائة ... لم يصح لاختلاف المعنى"[3].

والمقصود بالإيجاب والقبول : كل ما يصدر من المتعاقدين دالاً على

---

(١) شـــرح فـــتح القديـــر للكمـــال بن الهمام جـــ ٥ ص ٤٥٦ طبعة دار الكتب العلمية ، الكفايـــة علـــى الهدايـــة لجـــلال الديـــن الخوارزمـــي جـــ ٥ ص ٤٥٦ وهو مطـــبوع أســـفل شـــرح فـــتح القدير السابق ، وفى الفقه الحديث : أستاذنا الدكتور عـــبد الـــرازق حســـن فـــرج : المـــرجع الســـابق ص ١١ ، أ.د وهـــبة الزحيلى المـــرجع الســـابق جـــ ٤ ص ٢٩١٨ ، أ.د محمـــد مصطفى شلبى : ص ٣٦٧ ، أ.د عـــبد الكـــريم زيـــدان : المدخـــل لدراسة الشريعة الإسلامية ص ٢٨٥ ط : مؤسســـة الرســـالة – بـــيروت ١٤٠٢ هـــ – ١٩٨٢م ، أ.د بدران أبو العينين : الشريعة الإسلامية : ص ٣٥٢ طبعة سنة ١٣٩٣هـــ – ١٩٧٣م.

(٢) بدائع الصنائع لكاسانى جـــ ٥ صـــ ٢٠٤ ، طبعة دار الكتب العلمية .

(٣) معـــنى المحـــتاج للشـــربينى جـــ ٢ ص ٩ ط دار الفكـــر – بيروت سنة ١٤١٥ هـــ ١٩٩٥

إرادتهما ، سواء أكان كلاما ، أم ما يقوم مقام الكلام من الأفعال أو الكتابة ، أو الإشارة .[1]

وقولـــه : " على وجه مشروع" يخرج الارتباط بين الإيجاب والقبول علـــى وجه غير مشروع، كالاتفاق على قتل فلان ، أو إتلاف محصوله ، أو سرقة ماله ، أو الزواج بالمحارم ، فكل ذلك غير مشروع لا أثر له فى محل العقد[2].

وقولـــــه : "علـــى وجه يظهر أثره فى المحل" يخرج الارتباط بين كلاميـــن لا أثر لـــه، كالاتفاق على بيع كل شريك حصته من دار أو أرض لصاحبه بالحصة الأخرى المساوية لها ، فهذا لا فائدة منه ، ولا أثر له[3].

وعلـــى هـــذا فـــالعقد بهذا المعنى لا يكون إلا بين طرفين يكون من أحدهمـــا إيجـــاب ومن الآخر قبول[4] أما الالتزامات التى تصدر من طرف واحـــد كالطلاق المجرد عن المال والوقف والإبراء والإعتاق ، وغيرها فلا تسمى ــ بناء على هذا المعنى ــ عقدا ، بل تسمى تصرفا أو التزاما[5].

وهذا هو المعنى الشائع والمشهور للعقد حتى إننا لا نجد أكثر الفقهاء يطلقون اسم العقد على التصرفات التى تصدر من طرف واحد ، ويقصرون هـــذا الاســـم على التصرفات التى تصدر من طرفين ، لأن هذا المعنى هو

---

(١) الأستاذ الشيخ محمد مصطفى شلبى : مرجع سبق ذكره ص ٣٦٨ .

(٢) المرجع السابق الموضع نفسه.

(٣) أ.د وهـــبة الزحـــيلي جــــ ٤ ص ٢٩١٨ ، الشـــيخ محمـــد مصـــطفى شـــلبى : الموضع نفسه .

(٤) أ.د نصـــر فـــريد واصل : مرجع سبق ذكره فقرة ٢٠٢ ص ٢١٤ ، أ.د عبد المجيد مطلوب : مرجع سابق ص ٧٩

(٥) أســـتاذنا الدكـــتور عـــبد الـــرازق حســـن فـــرج : ص ١٢ ، أستاذنا المرحوم عبد المجـــيد مطلـــوب : ص ٧٩،٨٠ ، وقـــد أخـــذ بهـــذا الـــتعريف صـــاحب مرشد الحـــيران ، حيـــث نصـــت المـــادة ٢٦١ مـــنه علـــى أن : (العقـــد عبارة عن ارتـــباط الإيجـــاب الصـــادر مـــن أحد العاقدين بقبول الأخر على وجه يثبت أثره فى المعقود عليه) .

المتبادر إلى الذهن عند إطلاق لفظ العقد ،أما المعنى الأول [1] فلا يدل عليه هذا اللفظ إلا بتنبيه يدل عليه.[2]

الفصل الثاني
تعريف العقد فى القانون المدنى

٣١ – **سكوت القانون المدنى عن وضع تعريف للعقد** : لم يذكر القانون المدنى القديم وكذا القانون المدنى الحالى تعريفا للعقد ، وإن كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى يتضمن تعريفاً للعقد ، وذلك فى المادة ١٢٢ منه والتى كانت تنص على أن : "العقد اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية ، أو تعديلها ، أو إنهائها " ولكن هذا النص قد حذف، وذلك رغبة من المشرع الوضعى فى عدم الإكثار من التعريفات القانونية ، ولا شك أن هذا يعد مسلكاً حميداً منه إذ إن وضع التعريفات يحسن أن يترك أمرها لاجتهاد

---

(١) ولعل السبب فى اختلاف الفقهاء فى تعريف العقد على النحو السابق ، هو نظرتهم إلى الاستعمال اللغوى فقد سبق أن الذكر أن العقد يطلق على الجمع بين أطراف الشئ والربط بينهما ، كما يقال : عقد الحبل ، إذا جمع أحد طرفيه إلى الأخر وربط بينهما ، ومن هذا المعنى أخذ (العقد) بمعنى الربط بين الكلامين فى الاتفاقات التبادلية ، فإن فيه ربطا ولكنه غير حسى ، كما يطلق العقد ويراد به إحكام الشيء وتقويته ، ومن هذا المعنى أخذ (العقد) بمعنى العهد واليمين ،فإن اليمين يقوى الحالف على فعل المحلوف عليه ، أو تركه وكذلك العهد فإنه يحكم الصلة بين المتعاهدين ويقويها ، فمن توسع من الفقهاء فى إطلاق لفظ (العقد) نظر إلى أن كل التزام لا يخلو من عهد ، ومن قصره على ما كان من شخصين نظر إلى المعنى الأول ، وهو الجمع والربط ، وهذا لا يكون إلا بين تصرفين صادرين من شخصين يرتبط كل منهما بالآخر ، ينظر : الأستاذ الشيخ محمد مصطفى شلبى : ص ٣٦٧ .

(٢) الإمام محمد أبو زهرة : فقرة ١٠٢ ص ٢٠١ ، أ.د عبد الحميد البعلى : ص ٤٤ .

الفقهاء[1].

٣٢ – تعريف فقهاء القانون المدني للعقد : وإزاء سكوت المقنن الوضعي عن وضع تعريف للعقد كان لابد للفقه من أن يضطلع بهذه المهمة ، لذلك فقد عرف فقهاء القانون المدني العقد بأنه : "توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني ، سواء كان هذا الأثر إنشاء التزام ، أو نقله ، أو تعديله ، أو إنهاءه "[2]

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ١٠ ، أ.د عبد الحي حجازي : مصادر الالتزام ١ – المصادر الإرادية فقرة ٣٨ ص ٤٠ أستاذنا الدكتور عبد الرازق حسن فرج : مرجع سبق ذكره ص١٥،١٦ ، أ.د عبد المنعم فرج الصدة مصادر الالتزام فقرة ٣٧ ص ٥١،٥٢ .

هذا : وإذا كان القانون المدني المصري لم يعرف العقد إلا أن القانون المدني الفرنسي قد وضع تعريفاً له في المادة ١١٠١ منه والتي تنص على أن (العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر أو أكثر بإعطاء أو بعمل ، أو بالامتناع عن عمل شيء) ينظر : أ.د عبد المنعم فرج الصدة : المرجع والمكان السابقان.

(٢) أ.د عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ١ – مصادر الالتزام فقرة ٣٧ ص ١٣٨ أ.د عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٧ ص ٣٢ ، أ.د محمد لبيب شنب : مرجع سبق ذكره فقرة ١٢ ص ٢٣ ، أ.د عبد الحي حجازي فقرة ٤٠ ص ٤١ حيث يعرف سيادته العقد بأنه : (توافق إرادتين أو أكثر بقصد إنشاء علاقة قانونية ذات طابع مالي) .

هذا : وتميز بعض التشريعات وبعض الشراح بين العقد والاتفاق ، على أساس أن الاتفاق أعم من العقد ، فالاتفاق يقصد به إما إنشاء الالتزام ، أو نقله ، أو تعديله ، أو انقضاؤه ، أما العقد فهو لا يقصد به سوى إنشاء الالتزام ، وعلى ذلك : فالاتفاق الذي يقصد به إنشاء الالتزام يسمى عقدا أما الاتفاقات التي يقصد بها نقل التزام موجود من قبل ، أو تعديله ، أو انقضاؤه فلا تعد عقودا ، بل مجرد اتفاقات . ينظر : المادة ١٦٥ من قانون الموجبات والعقود اللبناني ،وينظر في استحسان هذه التفرقة أ.د عبد الحي حجازي : المرجع السابق ص٤٠ هامش ١ .

ولكن أكثر الفقهاء في الوقت الحاضر يرون اعتبار (العقد) و(الاتفاق) لفظين مترادفين للدلالة على شئ واحد هو العقد ، بل إن الفقه يكاد يجمع على عدم جدوى هذه التفرقة . ينظر في ذلك : أ.د محمد لبيب ===

٣٣- وبناء على هذا التعريف لابد لقيام العقد من أن توجد إرادتان أو أكثر ، فــإذا وجــدت إرادة واحــدة ، فإن مصدر الالتزام لا يكون عقداً ، بل إرادة منفردة ، وهذا هو شأن الوعد بجائزة والوصية.(١)

* كمــا لابد أن تكون هاتان الإرادتان متوافقتين ، ولا يلزم أن يتم هذا الــتوافق بالنســبة لجميع شروط العقد ، بل يكفى أن يتوافر التوافق بالنسبة للأمــور الجوهــرية كطبيعة العقد ، فلو أراد أحد الطرفين إبرام عقد بيع ، وأراد الآخر إبرام عقد إيجار ، فلا ينعقد هذا ولا ذاك .

كذلــك يلــزم أن يــتوافر الــتوافق فى ذاتية المحل ، فإذا أراد أحد المتعاقدين أن يبيع أحد منزليه وقصد من يريد التعاقد معه أن يشترى المنزل الآخر ، فلا ينعقد بينهما بيع .(٢)

مع ملاحظة أن مدى اعتبار شروط العقد الأخرى جوهرية من عدمه يعــد مسألة وقائع يفصل فيها قاضى الموضوع على ضوء ما يتضح له من ظروف التعاقد وملابساته(٣).

* كذلــك لابد من أن تتوافق هاتان الإرادتان على إحداث أثر قانونى ، ســواء أكان هذا الأثر إنشاء التزام كالبيع والإجارة ، أم نقله كالحوالة ، أم تعديله كتأجيل الدين للمدين ، أم إنهاءه كالإبراء من الدين.

فإذا لم تتجه الإرادتان إلى إحداث أثر قانونى ،فلا تكون بصدد عقد ، كمــا لو توافقت إرادتان على حضور وليمة عشاء ، أو على الذهاب لتعزية صديق ، أو غير ذلك من أعمال المجاملات ،فإذا عدل أحدهما عما اتفقا عليه

=== شــنب : المــرجع الســابق ص ٢٢ هــامش ١ ، أ.د إســماعيل غــانم :الــنظرية العامــة للالــتزام – مصــادر الالــتزام فقرة ٢٧ طبعة سنة ١٩٦٨م ، أ.د جمــيل الشــرقاوى : المــرجع الســابق ص ٥٢ هــامش ١ ، أ.د عبد المنعم فرج الصدة : المرجع السابق ، فقرة ٣٧ ص ٥١

(١) أ.د محمــد لبيــب شــنب فقــرة ١٢ ص ٢٣ ، أ.د عــبد الحــى حجــازى فقرة ، ص ٤١ .

(٢) أ.د عــبد المــنعم فــرج الصــدة فقرة ٣٨ ص ٥٢،٥٣ ، أ.د جميل الشرقاوى فقرة ١٠ ص ٥٤ .

(٣) أ.د عبد المنعم فرج الصدة : الموضع نفسه .

فلا مسئولية عليه ؛ لأنهما لم يقصدا من هذا الاتفاق إحداث أثر قانونى "[1] .

٣٤ - المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى :

بالنظر إلى تعريف العقد فى كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى ، فإنه يتضح ما يأتى:

١ - إن هناك تشابهاً كبيراً بين تعريف العقد فى الفقه الإسلامى بالمعنى الخاص ، وبين تعريفه فى فقه القانون المدنى ، فكلاهما لا يطلق اسم العقد إلا على تلك التصرفات التى تكون صادرة من جانبين ، أما التصرفات التى تكون صادرة من طرف واحد فلا تسمى عقداً .

هذا بالنسبة لتعريف العقد فى الفقه الإسلامى بالمعنى الخاص ، أما تعريفه بالمعنى العام فقد رأينا أنه يشمل ــ أيضا ــ التصرفات التى تصدر من طرف واحد ، وعلى ذلك يكون تعريف العقد فى الفقه الإسلامى بهذا المعنى أعم من تعريفه فى فقه القانون .

٢ - يتفق تعريف العقد فى الفقه الإسلامى بالمعنى الخاص وتعريفه فى القانون المدنى فى أنه لابد من وجود إرادتين متوافقتين ، واردتين على محل واحد .

٣ - كما يتفقان ــ أيضا ــ فى أنه لابد لهذا التوافق أن يظهر أثره فى محل العقد [2] .

هذا : وإذا كان التعريفان متفقين فيما تقدم ، إلا أن تعريف الفقهاء العقد بالمعنى الخاص قد يكون أحكم من تعريف القانونيين من ناحية أن

---

(١) أ.د عبد الرزاق السنهورى فقرة ٣٨ ص ١٣٨ ، أ.د عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٣ ص ٥٣ أ.د لبيب شنب : الموضع نفسه ، أ.د عبد الحى حجازى فقرة ٤٠ ص ٤١ .

غير أنه قد تجرى العادة بعمل من أعمال المجاملة فتتخذ فى النهاية طابع الالتزام ، وحينئذ تزول عنه صفة المجاملة ، ونصبح بصدد عقد ، وهذا ما نراه اليوم بالنسبة إلى البقشيش إذ يمكن اعتبار الزبون ملزما التزاما قانونيا بتقديمه ، ينظر فى ذلك : عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٣ ص ٥٣ .

(٢) أ.د حسين حامد حسان : مرجع سبق ذكره ص ٢٣٦ .

الإرادة أمـــر خفى لا يمكن الاطلاع عليه إلا بواسطة أمر ظاهر من كلام أو فعل أو إشارة ، فبمجرد توافق الإرادتين من غير صدور ما يدل على هذا التوافق لا نستطيع الحكم بوجود العقد .[1] فكان الأولى تعـــريفه بمـــا يدل على توافق الإرادتين ، كما عرفه فقهاء الشريعة الإسلامية بذلك .[2]

الفـرع الثـانى

الفـرق بـين التصـرف والعـقـد فـى الفـقه الإسلامى والقانـون المـدنـى

٣٥ – ويشتمل على غصنين :

الغصــــن الأول : الفــرق بــين التصـــرف والعقــد فـــى الفـــقه الإسلامى .

الغصـن الـثانى : الفــرق بــين التصـــرف والعقــد فـــى القانـــون المدنى .

* المقـــارنـــة بيـــن الفـــقه الإســـلامـــى والقانـــون المـــدنى

الغصـن الأول

الفـرق بيـن التصرف والعقـد فـى الفقـه الإسـلامى

٣٦ – بالـــنظر إلى كل من التصرف والعقد فى الفقه الإسلامى ، فإنه يتضح أن التصــــرف أعم من العقد [3] سواء أكان العقد بمعناه العام ، أم كان بمعناه

---

(١) مغـــنى المحـــتاج إلـــى معـــرفة ألفاظ المنهاج جــ ٢ صـــ ٥ ، طبعة دار الفكر طـــبعة ســـنة ١٤١٥هــــ – ١٩٩٥م الوســـيط فـــى المذهب للغزالى جــ ٣ صــ ٨ طـــبعة دار الســـلام للطـــباعة والنشـــر والـــتوزيع – الطـــبعة الأولـــى سنى ١٤١٧هــ/١٩٩٧م

(٢) أ.د محمـــد مصـــطفى شـــلبى ص ٣٦٨،٣٦٩ ، أ. د وهـــبة الزحـــيلى جــ ٤ ص ٢٩٩١ .

(٣) أ.د محمـــد مصـــطفى شـــلبى ص ٣٦٦ أ.د وهـــبة الزحيلى جــ ٤ ص ٢٩٢١ أ.د أحمد فراج حسين : ص ١٣٢ ، أ.د حسين حامد حسان ٢٣٨ .

الخاص ، وذلك لأن العقد بمعناه العام يتناول ما عقد الشخص العزم عليه سواء أكان صادرا بإرادة منفردة ، وذلك كالوقف والإبراء والطلاق أم احتاج إلى إرادتين فى إنشائه ،وذلك كالبيع والإجارة وغيرهما ، وهذا المعنى للعقد لا يتناول سوى التصرفات القولية فقط ، أما التصرفات الفعلية،كالقتل والسرقة والإتلاف فتظل خارجة عن نطاق العقد.

وبذلك نستطيع أن نقول : إن التصرف أعم من العقد بهذا المعنى ، فكل عقد تصرف ، وليس كل تصرف عقداً .

بل حتى على رأى بعض الفقهاء المحدثين الذين يرون أن التصرف الشرعى هو ما يكون قاصرا على التصرفات القولية فقط [1] فإن التصرف الشرعى يكون أعم أيضا من العقد بمعناه العام ، وذلك لأن التصرف القولى نفسه يشمل أقوالا لا تدخل فى مفهوم العقد ، كالدعوى والإقرار ، فهى أمور تعد تصرفات قولية تترتب عليها أحكام شرعية ، ومع ذلك لا تعد عقوداً بحال من الأحوال .

أما على تعريف العقد بالمعنى الخاص ـــ وهو التعريف الشائع المشهور ـــ فإن التصرف الشرعى يكون أعم من العقد على كل حال ، سواء عند أولئك الفقهاء الذين يجعلون التصرف شاملا لما يصدر عن الشخص من قول أو فعل ويرتب عليه الشارع أثرا شرعيا ، أو عند أولئك الذين يجعلونه قاصرا على ما يصدر منه من أقوال فقط .

الفصل الثانى

الفرق بين التصرف والعقد فى القانون المدنى

٣٧ – يعد التصرف فى القانون المدنى أعم من العقد أيضا ، لأن التصرف هو عمل الإرادة حين تتجه إلى إحداث أثر قانونى معين، وهو شامل لما يصدر عن إرادتين وهو العقد كالبيع والإيجار ونحوهما ، وشامل ـــ أيضا ـــ

(١) الإمام محمد أبو زهرة : مرجع ذكره فقرة ١٠٢ ص٢٠١ .

لما يصدر عن إرادة واحدة كالوصية والإبراء والوعد بجائزة .

أما العقد فلا يشمل إلا ما يصدر عن إرادتين ـ أو أكثر ـ متوافقتين على إحداث أثر قانونى .[1]

٣٨ – المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى :

بالنظر فى الفرق بين التصرف والعقد فى كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى ، يتضح أن القانون المدنى يتفق مع الفقه الإسلامى فى ذلك ، فالتصرف – سواء فى الفقه الإسلامى أو القانون المدنى – أعم من العقد عموماً مطلقاً ، فطل عقد يعد تصرفاً ، وليس كل تصرف يعد عقداً .

المطلب الثانى

الفرق بين التصرف والالتزام فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٣٩ – ويشتمل على فرعين :

الفرع الأول : تعريف الالتزام فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الفرع الثانى : الفرق بين التصرف والالتزام فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الفرع الأول

تعريف الالتزام فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٤٠ – ويشتمل على غصنين :

الغصن الأول : تعريف الالتزام فى الفقه الإسلامى .

الغصن الثانى : تعريف فى القانون المدنى .

* المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى

---

(١) أ.د محمد إبراهيم الدسوقى فقرة ٤ ص ١١ ، أ. د السنهورى فى الموجز فقرة ١٧ ص ٢٠ وفى الوسيط مصادر الالتزام فقرة ٣٢ ص ١٣١

الفصل الأول

تعريف الالتزام فى الفقه الإسلامى

٤١ – ١ – معنى الالتزام فى اللغة :

جاء فى المصباح المنير :" لزم الشيء يلزم لزوما : ثبت ودام ... ولزمه المال : وجب عليه ... ولزمه الطلاق : وجب عليه حكمه وهو قطع الزوجية ...ولازمت الغريم ملازمة ، ولزمته :... تعلقت به " (١).

وجاء فى المعجم الوجيز : " لزم الشيء فلانا : وجب عليه ، ولزم العمل : دوام عليه ، ولزم المريض السرير : لم يفارقه ... ويقال : لازم الغريم : تعلق به ، والتزم الشيء أو الأمر والتزم به : أوجبه على نفسه ، والتزم فلان للدولة : أى : تعهد أن يؤدى للدولة قدرا من المال لقاء استغلاله أرضاً من أملاكها ، فهو ملتزم " (٢) .

ويتضح مما تقدم أن الالتزام فى اللغة يفيد الثبوت والدوام والتعلق والوجوب ،فإذا ثبت الحق فى ذمة شخص فقد التزم به ، وداوم عليه إلى أن يؤديه ، وإذا لزمه المال فقد وجب عليه.

٤٢ – ٢– تعريف الالتزام فى الفقه الإسلامى :

٤٣ – (أ) : تعريف الالتزام عند الفقهاء القدامى : لم أر من الفقهاء القدامى من تعرض لتعريف الالتزام سوى الإمام الحطاب (٣)

---

(١) جـ ٢ ص ٥٥٢ ، ٥٥٣ ، طبعة المكتبة العلمية بيروت – بدون تاريخ ، وفى نفس المعنى : لسان العرب لابن منظور جـ ١٢ص ٢٧٢ ،القاموس المحيط للفيروز أبادى جـ ٤ ص ١٧٣ باب الميم فصل اللام .

(٢) ص ٥٥٦ طبعة سنة ١٤١٦هـ – ١٩٩٥م.

(٣) الإمام الحطاب : هو الإمام محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعينى ، أبو عبد الله المعروف بالحطاب فقيه مالكى أصله من المغرب ، ولد واشتهر بمكه ، ومات فى طرابلس الغرب ، له مؤلفات كثيرة منها (مواهب الجليل شرح مختصر خليل) توفى – رحمه الله – ٩٥٤هـ ينظر : شجرة النور الزكية لمحمد مخلوف : ص ٢٧٠ الناشر دار الكتاب العربى بدون تاريخ ، الأعلام للزركلى جـ ٧ ص ٥٨ طبعة دار العلم للملايين بيروت ط التاسعة سنة ١٩٩٠م.

المالكى، الذى وضع كتابا لم يسبق إليه[1] ، أسماه : " تحرير الكلام فى مسائل الالتزام" [2] ، وقد عرف هذا الإمام الالتزام بأنه : " إلزام الشخص نفسه شيئا من المعروف مطلقا أو معلقا على شئ ... ويطلق فى العرف على ما هو أخص من ذلك ، وهو التزام المعروف بلفظ الالتزام " [3] .

ولكن يلاحظ أن هذا التعريف يشمل – فى الغالب – الالتزامات التى يكون مصدرها الإرادة المنفردة فقط [4] ، وإن كان البعض يرى أن إطلاق الالتزام بهذا المعنى يعد من اصطلاحات المذهب المالكى ، " إذ يكاد يطلق علماء هذا المذهب الالتزام على معنى شغل الذمة بما يلزم المرء به نفسه بإرادته المنفردة " [5] .

---

(١) شجرة النور الزكية : الموضع نفسه .

(٢) وهذا الكتاب موجود بالكامل ضمن كتاب فتاوى الشيخ عليش المسمى : (فتح العلى المالك فى الفتوى على مذهب الإمام مالك) جـ ١ صـ ١٨١ وما بعدها طبعة التقدم العلمية ط : الأولى سنة ١٣٢٠هـ – وقد حققه الباحث عبد السلام محمد الشريف ، ونال به درجة الماجستير من كلية الشريعة والقانون بالقاهرة سنة ١٩٨٠م .

(٣) فتح العلى المالك جـ ١ صـ ١٨١ .

(٤) ويتضح ذلك من ذكر بعض الأمثلة التى ضربها الحطاب فى كتابه : فقد قال الحطاب : (من التزم الاتفاق على شخص مدة معينة ، أو مدة حياة المنفق أو المنفق عليه ، أو حتى يقدم زيد ، أو إلى أجل مجهول لزمه ما لم يفلس أو يمت) فتح العلى المالك جـ ١ ص ١٨٢ ، فالالتزام الوارد فى هذا المثال هو التزام مطلق غير معلق ، وهو صادر عن إرادة منفردة . وقال : (قال شخص : إن أتممت بناء هذه الدار فعلى كذا لزيد من الناس)فتح العلى المالك جـ ١ ص ٢١٥ ، وهذا التزام معلق على فعل الملتزم ، وهو بناؤه الدار ، وهو من قبيل النذر وهو صادر عن إرادة منفردة .
وقال : (إن قال شخص لآخر : إن لم يوفك فلان حقك حتى يموت فهو على ، أو التزمت لك به ، فلا شئ على الكفيل حتى يموت ...) فتح العلى المالك جـ ١ ص ٢٥٢ ، فهذا الالتزام معلق على الموت ، وهو ناتج عن إرادة منفردة .

(٥) د / محمد أحمد سراج : نظرية العقد والتعسف فى استعمال الحق ص١٦ ، ١٧ ط دار المطبوعات الجامعية .

٤٤ – ب : **تعريف الالتزام عند فقهاء الشريعة الإسلامية المحدثين** : بعد أن تطورت دراسة الفقه الإسلامي في العصر الحديث ، وتحت تأثير انتشار النظريات العامة في البلاد الإسلامية ، فإننا نلاحظ شيوع كلمة " الالتزام " في مؤلفات المحدثين محاولين وضع تعريف للالتزام ، وقد كثرت هذه المحاولات[١] بشكل ملحوظ ، ولذلك فسوف نقتصر على بعضها :

١ – فقد عرف بعض الفقهاء المحدثين الالتزام بأنه : " إيجاب الشخص على نفسه أمرا جائزا شرعا" [٢] .

٢ – وعرفه بعضهم بأنه : " كل تصرف يتضمن إنشاء حق ، أو نقله ، أو تعديله ، أو إنهاءه سواء كان صادراً من شخص واحد ، كالوقف والإبراء ، أو من شخصين كالبيع والإجارة " [٣] .

ولكن يلاحظ على هذين التعريفين أنهما لا يشملان سوى الالتزامات التي يكون مصدرها تصرفاً قولياً " العقد والإرادة المنفردة " فقط ، أما تلك الالتزامات التي يكون مصدرها تصرفاً فعلياً ، وذلك كالالتزام بالتعويض عن الفعل الضار ، أو التي يكون مصدرها الشرع مباشرة كنفقات الأقارب فلا

---

(١) ينظر في عرض بعض هذه المحاولات : أ . د عبد الناصر توفيق العطار : الأجل في الالتزام ، ص ٣٢ وما بعدها ، طبعة مطبعة التأليف سنة ١٩٦٤م – ١٩٦٥م ، أستاذنا الدكتور عبد الله مبروك النجار : حدود مسئولية المدين المتضامن في الشريعة والقانون ص ٧ وما بعدها ، وهي رسالة ماجستير من كلية الشريعة والقانون بالقاهرة سنة ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م ، أستاذنا الدكتور محمد حسن عبد الرحمن : أحكام الدفع بعدم التنفيذ على ضوء قضاء محكمة النقض ص ٢٧ وما بعدها وهو بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط العدد التاسع سنة ١٤١٧هـ/١٩٩٧م ، أستاذنا الدكتور أبو الحسن إبراهيم علي : التزام المؤجر بالضمان في الفقه الإسلامي والقانون المدني ص ٣ وما بعدها وهي رسالة دكتوراه من كلية الشريعة والقانون سنة ١٤٠٩هـ/١٩٩٨٩م .

(٢) أ.د عبد الناصر توفيق العطار : الأجل في الالتزام ص ٤٤ طبعة مطبعة التأليف سنة ١٩٦٤م– ١٩٦٥م

(٣) أ.د وهبة الزحيلي : مرجع سبق ذكره جـ٤، ص٢٩٢٠ ، وفي المعنى ذاته : أ.د حسين حامد حسان : مرجع سبق ذكره ص ٢٣٨ ، أ.د نصر فريد واصل : مرجع سبق ذكره ص ٢١٥ ، أ.د أحمد فراج حسين : مرجع سبق ذكره ص ١٣١ .

يشملها هذان التعريفان[١].

٣- وعرفه بعضهم بأنه : " ترتيب الشارع شغل ذمة المكلف بالدين ابتداءً أو مآلاً على سبب إرادى أو جبرى " [٢].

التعريف الراجح :

ولعل هذا التعريف الأخير هو أرجح التعريفات وأدقها ، إذ إنه لا يقتصر فقط على الالتزامات التى يكون مصدرها سبب إرادى (العقد والإرادة المنفردة) بل يشمل - علاوة على ذلك - الالتزامات التى يكون مصدرها سبباً جبرياً كالالتزامات الناشئة عن عمل غير مشروع ، كالتعويض عن الفعل الضار ، أو تلك التى أوجبها الشرع مباشرة كنفقة الأقارب .

الفصل الثانى

تعريف الالتزام فى القانون المدنى

٤٥ - عدم نص المشرع الوضعى فى القانون المدنى على تعريف الالتزام : تعمد المشرع الوضعى فى القانون المدنى الحالى عدم النص [٣] على تعريف الالتزام تاركا أمر هذا التعريف للاجتهاد[٤] .

وقد كان المشروع التمهيدى للقانون الحالى يتضمن تعريفا للالتزام

---

(١) أ.د محمد أحمد سراج : المرجع السابق الموضح نفسه

(٢) أستاذنا الدكتور عبد الله مبروك النجار : حدود مسئولية المدين المتضامن فى الشريعة والقانون ص٢٠ وقرب ذلك فضيلة الشيخ أحمد إبراهيم : مذكرة فى بيان الالتزامات وما يتعلق بها من أحكام فى الشرع الإسلامى ص ٢١ طبعة سنة ١٩٤٥م ، أ.د محمد أحمد سراج : المرجع السابق ص١٩ وفيه أن الالتزام هو (إيجاب الشخص على نفسه أمرا لم يكن واجباً عليه ، سواء بتصرفه القولى (العقد والإرادة المنفردة) أو بتصرفه الفعلى الموجب للضمان) .

(٣) وقد كان القانون المدنى القديم يتضمن تعريفا للالتزام فى المادة ٩٠ منه والتى كانت تنص على أن (التعهد ارتباط قانونى الغرض منه حصول منفعة لشخص بإلزام المتعهد بعمل شئ معين أو امتناعه عنه) ينظر فى سوق هذا التعريف والانتقادات التى وجهت إليه : أ.د عبد الفتاح عبد الباقى : نظرية العقد والإرادة المنفردة ص٥ هامش ١ طبعة ١٩٨٤م ، أ.د عبد المنعم فرج الصدة : مصادر الالتزام فقرة ١٤ ص ٢٠ .

(٤) أ.د عبد الفتاح عبد الباقى : المرجع السابق ص ٤ ، ٥ .

فـي المـادة ١٢١ منه ، والتي كانت تنص على أن " الالتزام : حالة قانونية بمقتضاها يجب على الشخص أن ينقل حقاً عينياً ، أو أن يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل " إلا أن هذا النص قد حذف في المشروع النهائي تمشيا مع أصول فـن صنعة التشريع في تجنب التعريفات بقدر الإمكان [١] ، إذ إن محلها هو كتب الفقه وليس مدونات القوانين .[٢]

٤٦ - تعـريـف فقـهـاء القـانـون المـدنـي المصـري للالـتـزام : وإزاء سـكوت المشـرع الوضـعي عـن وضع تعريف يبين ماهية الالتزام ، فإن الفقه قد اضطلع بهذه المهمة ، وقد اختلفت اتجاهات الفقهاء في تعريفهم للالتزام تبعاً لاختلاف مذاهبهم في النظر إلى الالتزام :

فمـنهم مـن يغلـب أهمية أشخاص الالتزام على موضوعه ، وينظرون إلـيه نظـرة شخصـية، وهـؤلاء يعرفون الالتزام بأنه : " رابطة قانونية توجـب علـى شـخص معين أن ينقل حقاً عينياً، أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل "[٣] .

وعلـى الرغم من تعريف أصحاب هذا الاتجاه بأنه " رابطة " ، إلا أنهـم لا يـتجاهلون الناحية المادية وذلك لأن إمكان تغيير طرفي الالتزام لا ينافي اعتباره رابطة بينهما ، وليس من شأنه أن يقضي على هذه الرابطة ، كما أن إمكان نشوء الالتزام قبل أن يتحدد شخص الدائن ، لا ينافي قيام هذه

---

(١) مجموعـة الأعمـال التحضـيرية جـ ٢، ص٩ بالهـامش ، أ.د عبد المنعم فرج صـدة فقـرة ١٤ ص ٢٠ ، أ.د جمـيل الشـرقاوي : الـنظرية العامة للالتزام - الكتاب الأول : مصادر الالتزام فقرة ٢ ص ١٢ .

(٢) أ.د عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ص ٧ هامش ٢

(٣) أ.د عـبد المـنعم فـرج الصـدة : المرجع السابق : الموضع نفسه ، وممن عرف الالتزام بأنه رابطة أيضا :
أ.د أحمـد حشـمت أبـو سـتيت : نظـرية الالتزام في القانون المدني الجديد - الكـتاب الأول : مصـادر الالـتزام فقـرة ٢٥ طـبعة ١٩٥٤م ، أ.د عـبد الحي حجـازي : نظـرية العامـة للالـتزام - الجـزء الأول : مصـادر الالـتزام فقـرة ٧ ص ٩ ومـا بعدهـا سـنة ١٩٦٠م : أ.د نعمان خليل جمعة : دروس في المدخـل للعلـوم القانونـية ص ٣٢١ سـنة ١٩٧٨م ، أسـتاذنا الدكـتور عـبد الـرازق حسـن فـرج : الـنظرية العامة للالتزام : مصادر الالتزام ص ٧ طبعة سنة ١٩٨٣م.

الـرابطة ؛ لأنـه عند التنفيذ يتحدد حتماً شخص الدائن ؛ لأن هذا الوقت هو الوقت الذى تظهر فيه الحاجة إلى وجود شخص الدائن .[1]

ومـنهم مـن يغلب أهمية موضوع الالتزام على أشخاصه ، وينظرون إليه نظـرة موضوعية وهؤلاء يعرفون الالتزام بأنه : " حالة قانونية ، أو وضع قانونى يلتزم بمقتضاه شخص بإعطاء شئ معين ، أو بفعله أو بالامتناع عن فعله " [2] .

وهـذا الـتعريف وإن كـان يجعل من المتصور قيام التزام فى ذمة المديـن قبل أن يتعين الدائن اكتفاء بتعينه عند التنفيذ ، لأنه هو الوقت الذى تظهـر فـيه الحاجة إليه ، إلا أنه لا يخلو من النقد على أساس أنه يتضمن تجهـيلاً لطبيعة الالتزام ، إذ تعريفه بأنه " حالة قانونية " أو " وضع قانونى ..." أو نظـام قـانونى " لا يقدم كثيرا فى بيان كنهه وطبيعته ، فكل وضع قانونى يمكن أن يسمى حالة قانونية .[3]

ومـنهم مـن يـرى أن تعريف الالتزام ، لا يجب أن يرتبط بنظرة شخصية أو مادية ، بل يجب أن يكون هذا التعريف دالاً على معناه بصرف الـنظر عن أية نظرة إليه ، وهؤلاء يعرفون الالتزام بأنه : " واجب قانونى خـاص يجعل على عاتق شخص أن يقوم بأداء عمل أو امتناع عن عمل ذى قيمة مادية لمصلحة شخص آخر "[4] .

---

(١) أ.د عبد المنعم فرج الصدة : المرجع والمكان السابقان .

(٢) أ.د عـبد الـرزاق الـسنهورى : المـرجع الـسابق فقـرة ١٥ ص ١٤٥ ، أ.د سـليمان مـرقس : الوافـى فـى شـرح القانون المدنى ٢- الالتزامات المجلد الأول : نظـرية العقـد والإرادة المـنفردة فقـرة ١٥ ص ٢١ الطبعة الرابعة سنة ١٩٨٧م ، أ.د عـبد الخـالق حسـن أحمـد : دروس فى مصادر الالتزام ص ١٠ طبعة سنة ١٩٨٤م

(٣) أ.د عبد الفتاح عبد الباقى : المرجع السابق ص ٨ .

(٤) أ.د منصـور مصـطفى منصـور : مذكـرات فـى مصـادر الالتزام ص ٢ سنة ١٩٧٢م ، أ.د عـبد الناصـر العطـار مصـادر الالـتزام فقـرة ١ ص ٥ طبعة مؤسسـة البسـتانى ، أ.د لبيـب شـنب : دروس فـى نظرية الالتزام : مصادر الالـتزام ص ٣ ، أ.د جمـيل الشـرقاوى : مـرجع سبق ذكره فقرة ٢ ص ١٢ ، أ.د مصـطفى عـبد الحمـيد عـدوى : النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام ص ١٥ الطبعة الأولى سنة ١٩٩٦م .

وهـــذا التعريف هو المرجح وذلك لأنه تعريف مقابل لتعريف الحق الشخصـــى بأنـــه : " قدرة على اقتضاء ، أو أداء معين بعمل أو امتناع عن عمل ذى قيمة مالية من شخص معين " .

كمـــا أنـــه يبرز المعنى المستقل لكل من الحق الشخصى والالتزام ، ويكشـــف – فى نفس الوقت – عن اتصالهما الضرورى والوثيق باعتبارهما وجهين لشئ واحد إذا نظر إليه من جانب المدين فهو التزام وإذا نظر إليه من جانب الدائن فهو الحق الشخصى – أى الالتزام هو وجه الحق الشخصى من جانب المدين .[١]

٤٧ – المقارنة بين تعريف الالتزام فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى:

بعـــد عـــرض تعريف الالتزام فى كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنـــى ، وبعـــد أن انتهيـــنا إلى أن تعريف الالتزام طبقا للراجح فى الفقه الإســـلامى هو أنه : " ترتيب الشارع شغل ذمة المكلف بالدين ابتداءً أو مآلاً علـــى ســـبب إرادى أو جبرى "[٢] وأن تعريفه طبقاً للراجح فى فقه القانون المدنـــى هـــو أنه : " واجب قانونى خاص يجعل على عاتق شخص أن يقوم بأداء عمل أو امتناع عن عمل ذى قيمة مادية لمصلحة شخص آخر "[٣] .

أقـــــول : بعد عرض ما تقدم يتضح أن التعريفين السابقين متفقان فى أن الالتزام يكون أمراً واجباً على الملتزم لمصلحة الملتزم لـــه : إلا أنهما مختلفان فيما يتعلق بمضمون هذا الالتزام فالالتزام فى الفقه الإسلامى لابد أن يكون أمرا جائزا من الناحية الشرعية ، أما فى القـــانون المدنى فقد يكون أمراً غير شرعى ، وذلك كما لو التزم

---

(١) أ.د عبد الفتاح عبد الباقى ص ٩ ، أ.د جميل الشرقاوى فقرة ٢ ص ١٢ .

(٢) أستاذنا الدكتور عبد الله مبروك النجار : فى رسالته السابقة ص ٢٠ .

(٣) أ.د منصـــور مصـــطفى منصـــور ص ٢ ، أ.د عـــبد الناصـــر العطـــار مصادر الالـــتزام ص ٥ أ.د محمـــد لبيـــب شـــنب فقرة ص ٣ ، جميل الشرقاوى فقرة ٢ ص ١٢ ، أ.د مصطفى عبد الحميد عدوى ص ١٥ .

شخص لآخر أن يدفع له فوائد ربوية نظير قرض أقترضه من هذا الأخير ، فإن مضمون هذا الالتزام أمر غير شرعى لتصادمه مع النصـــوص الشرعية الدالة على تحريم الربا ، ومع ذلك فإن هذا الالـــتزام يجب الوفاء به فى ظل القانون الوضعى ، أما فى الفقه الإســـلامى فـــلا يجـــب الوفاء بالالتزام فى المثال المذكور ، لأن الالـــتزام ــ لكـــى يجب الوفاء به فى هذا الفقه ــ لابد أن يكون مضمونه أمراً جائزاً من الناحية الشرعية.

الفـرع الـثانـى

الفرق بيـن التصرف والالتزام فى الفـقه الإسلامى والقـانـون المـدنى

٤٨ – بعد عرض تعريف الالتزام فى كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى يتضح أن التصرف هو مصدر الالتزام والسبب المنشئ له ، والالتزام ما هو إلا أثر للتصرف.

وتوضـــيحاً لذلك : فإن عقد البيع يعد تصرفاً من التصرفات ، وهو يرتـــب الـــتزامات على عاتق المشترى والتى أهمها تأدية الثمن ، كما يرتب التزامات على عاتق البائع والتى من أهمها تسليم البيع ، فتأدية الثمن وتسليم المبيع ما هى إلا التزامات تترتب على التصرف " عقد البيع " وهذا التصرف يعد المصدر لهذه الالتزامات.[1]

ولعـــل الذى يميز الفقه الإسلامى عن القانون المدنى فى هذا الصدد هـــو أن التصـــرف فى الفقه الإسلامى أوسع مجالاً منه فى القانون المدنى ، بحيـــث يشـــمل طائفـــة أكبر من مصادر الالتزام ، لأن التصرف فى الفقه الإســـلامى مـــنه ما هو قولى " العقد والإرادة المنفردة " ومنه ما هو فعلى "

---

(١) أ.د عـــبد الكـــريم زيـــدان : المدخـــل لدراســـة الشريعة الإسلامية ص ٢٤٠،٢٤١ طـــبعة مؤسســـة الرســـالة بـــيروت – الطـــبعة الـــرابعة عشر سنة ١٤١٧هـــ – ١٩٩٦م.

الفعــل الضار – والفعل النافع " بخلاف التصرف فى القانون المدنى فإنه لا يتناول إلا ما يسمى فى الفقه الإسلامى بالتصرف القولى ، والذى ينحصر فى العقد والإرادة المنفردة كمصدرين للالتزام .

الفصل الثاني

بيان حقيقة الدين وأقسامه ومصادره
فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

ويشتمل على مبحثين :

المبحث الأول : بيان حقيقة الدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المبحث الثانى : أقسام الديون ومصادرها فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المبحث الأول
بيان حقيقة الدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٤٩ – ويشتمل على مطلبين :

المطلب الأول : تعريف الدين فى الفقه الإسلامى ، والقانون المدنى .

المطلب الثانى : مشروعية التعامل بالدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المطلب الأول
تعريف الدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٥٠ – ويشتمل على فرعين :

الفرع الأول : تعريف الدين فى الفقه الإسلامى .

الفرع الثانى : تعريف الدين فى القانون المدنى .

* المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى

الفرع الأول

تعريف الدين في الفقه الإسلامي

٥١ – أولا : معنى الدين فى اللغة :

الدين واحد الديون ، وهو ما يثبت فى الذمة وله أجل ، ولا يسقط إلا بالأداء ، أو الإبراء [١] وكل شئ غير حاضر دين "[٢] .

وتداين الرجل : تعامل بالدين ، ومنه قول الله تعالى : ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ** [٣] ... ﴾ أى : إذا تعاملتم ، وداين بعضكم بعضا [٤] ، والدائن من له الدين ، والمدين والمديون : من عليه الدين ، قيل : المديون : كثير الدين ، وهى لغة بن تميم ، والحجازيون لا يقولون : مديوناً ، وإنما يقولون : مديناً.

ورجل مديان: أى عادته أن يأخذ بالدين ويستقرض، وداينت فلانا : عاملته فأعطيته ديناً وأخذت منه بدين[٥].

٥٢ – ثانيا: تعريف الدين فى الفقه الإسلامي :

استعمل فقهاء الشريعة الإسلامية الدين استعمالات متدرجة من العموم إلى الخصوص، فنراهم قد استعملوا الدين استعمالاً عاماً شاملاً لكل ما يثبت فى الذمة، كما نراهم قد أطلقوه على ما يثبت فى الذمة من الأموال، فقط وأخيرا نراهم يقصرونه على الديون المالية الواجبة للعباد فقط وهاأنذا أقوم بعون الله تعالى بعرض هذه المعانى مبيناً المعنى الذى يتناسب وموضوع البحث.

---

(١) معجم ألفاظ القرآن الكريم الصادر عن مجمع اللغة العربية ، مادة (د ى ن) جـ ٢ ص ٢٤٠ طبعة المطابع الأميرية سنة ١٣٧٩هـ – ١٩٥٩ .

(٢) لسان العرب : مادة (دين) جـ ٤ ص ٤٥٩

(٣) سورة البقرة من الأية رقم ٢٨٢ .

(٤) معجم ألفاظ القرآن الكريم : مرجع سبق ذكره جـ ٢ ص ٢٤١ .

(٥) ينظر فى ذلك: لسان العرب: مادة (دين) جـ٤ ، ص ٤٥٩ وما بعدها، القاموس المحيط باب النون فصل الدال جـ٤، ص٢٢١، مختار الصحاح للرازى ص ١١٥ طبقة المنار بدون تاريخ.

٥٣- ١ - **استعمال الدين بالمعنى العام** : أطلق فقهاء الشريعة الإسلامية الدين بهذا المعنى على كل ما يثبت فى ذمة المرء ويطالب بالوفاء به، سواء أكان هذا المطلوب حقاً لله ــ سبحانه وتعالى ــ أم حقاً لعباده، وسواء أكان مالاً، أم غير مال كصلاة ، وصيام ، ونذر ، وحج، وإحضار شخص إلى مجلس الخصومة.

وسواء أكان سبب الالتزام بالدين هو الالتزام الشرعى كالنفقة مثلا، أم كان هو الالتزام الإرادى كثمن المبيع ، وسواء أكان هذا الدين عوضا عن شئ آخر كما هو الحال فى ضمان المتلفات، أم لم يكن كذلك كما هو الحال فى النذر والوصية[١].

فكل هذه الأمور وغيرها مما هو ثابت فى الذمة يعد ديناً، لذلك فقد عرفوا الدين بأنه: "وصف شرعى فى الذمة يظهر أثره عند المطالبة"[٢] ، وقريب منه تعريف الإمام أبى يوسف[٣] أن الدين بأنه : " كل شئ يكون واجباً

---

(١) ينظر فى هذا المعنى: فضيلة الأستاذ الشيخ على حسب الله: الولاية على المال والتعامل بالدين فى الشريعة الإسلامية ص ٨٢ طبعة سنة ١٩٦٧م ، الدكتور محمد نجم الدين الكردى: بيع الدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى ص٢ وهى رسالة دكتوراه من كلية الشريعة والقانون بالقاهرة سنة ١٤٠٦هـ، ١٩٨٦م أ.د نزيه حماد: بيع الدين أحكامه وتطبيقاته المعاصرة ص١٩٠ وهو بحث ضمن مجموعة أبحاث للمؤلف بعنوان (قضايا فقهية معاصرة فى المال والاقتصاد) طبعة دار القلم - دمشق - الطبعة ١٤٢١ هـ ، ٢٠٠١م .

(٢) هذا التعريف نقله الحموى عن الإمام الغزالى، وذلك فى حاشيته على الأشباه والنظائر المسماه (غمز العيون والبصائر) الفن الثالث جـ٤، ص٦ طبعة دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الأولى سنة ١٤٠٥هـ، ١٩٨٥م.

(٣) أبو يوسف: هو الشيخ يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصارى، الكوفى، البغدادى صاحب الإمام أبى حنيفة، كان فقيها واسع العلم ، تولى القضاء لثلاثة من خلفاء بنى العباس هم: المهدى، والهادى، والرشيد، توفى - رحمه الله - سنة ١٨٢هـ، ينظر: تذكرة الحفاظ الذهبى جـ١، ص٢٩٢، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، البداية والنهاية لابن كثير جـ١٠، ص١٨٠.

في الذمة " [1] وقد ورد استعمال الدين بهذا المعنى في كثير من الأحاديث النبوية[2].

٥٤ – ٢ – **إطلاق الدين على ما يثبت في الذمة من الأموال:** ويطلق بعض الفقهاء الدين على ما يثبت في الذمة من مال بسبب يقتضي ثبوته، فتدخل فيه كل الديون المالية سواء منها ما يثبت في نظير مال، وما يثبت في نظير منفعة، وما يثبت حقا لله – تعالى – من غير مقابل كالزكاة، وتخرج عنه سائر الديون غير المالية من صلاة فائتة،

---

(١) رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين: باب الوصية بثلث المال جـ٦، ص٦٧٢ ط الحلبي ط الثانية، ١٣٨٦هـ، ١٩٦٦م.

(٢) كمثل ما روى عن ابن عباس – رضى الله عنهما – أن امرأة أتت النبي ﷺ فقالت: إن أمي ماتت وعليها صوم شهر، فقال: (أرأيت لو كان عليها دين أكنت تقضينه؟ قالت: نعم، قال: فدين الله أحق بالقضاء) ، أخرجه مسلم واللفظ له ينظر: صحيح مسلم بشرح النووي: كتاب الصوم باب قضاء الصوم عن الميت جـ٨، ص٢٣-٢٤ طبعة دار الريان للتراث، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٧هـ، ١٩٨٧م ، والترمذي: كتاب الصوم – باب ما جاء في الصوم عن الميت ٨٦/٣، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي – طبعة دار الحديث بدون تاريخ، وابن ماجه في سننه: كتاب الصيام باب: من مات وعليه صيام من نذر جـ١، ص٥٥٩ طبعة دار إحياء التراث العربي سنة ١٣٩٥هـ، ١٩٧٥م ، والدرامي في سننه: كتاب الصوم باب الرجل يموت وعليه صوم جـ٢، ص٣٩ ط الريان ١٤٠٧هـ، ١٩٨٧م ، واحمد في سنده: جـ٢، ص٤٦٧ رقم ١٩٧٠ ط دار الحديث ط الأولى سنة ١٤١٦ هـ، ١٩٩٥م ، وكمثل ما روى أيضا – عن ابن عباس – رضى الله عنهما أن امرأة في جهينة جاءت إلى النبي ﷺ فقالت: إن أمي نذرت أن تحج، فلم تحج حتى ماتت، أفأحج عنها؟ قال : (نعم، حجي عنها، أرأيت لو كان على أمك دين أكنت قاضيته؟ أقضوا الله، فالله أحق بالوفاء) ، أخرجه البخاري في صحيحه – واللفظ له – كتاب جزاء الصيد – باب الحج والنذر عن الميت جـ١، ص٥٤٩ ط المكتبة العصرية ١٤١١هـ، ١٩٩١م ، والنسائي في سننه: كتاب الحج باب الحج عن الميت الذي لم يحج جـ٢، ص٢٢٣ ط دار الكتب العلمية ط الأولى سنة ١٤١١هـ، ١٩٩١م.

وإحضار خصم إلى مجلس الحكم، ونحو ذلك، وهؤلاء قد عرفوا الدين بأنـــه: "مال حكمى يثبت فى الذمة بسبب يقتضى ثبوته"[1] ، ووفقا لهذا الـــتعريف فإن الدين "يضيق مدلوله ليقتصر على الالتزام المالى الثابت فـــى الذمة ويتسع ليشمل الالتزامات المالية، سواء أكان حقا ماليا لله – جل جلاله – أم حقا ماليا للعباد، وسواء أكان بإلزام الشارع أم بالالتزام الإرادى من المدين" [2].

٥٥ – ٣ – **إطـلاق الـديـن عـلى ما يثبت فـى الـذمـة من حقـوق العباد** : كما أن الفقهاء قد يطلقون الدين ويريدون به معنى أكثر تخصيصاً وهو الالتزام المـــالى الثابـــت فى ذمة الشخص لغيره من الأشخاص، أيا كان السبب الموجب له، أى سواء أكان السبب الموجب الدين هو الالتزام الإرادى للمديـــن كثمـــن المبـــيع وبـــدل القـــرض وأجـــرة المـــنزل، أم إلـــزام الشـــارع لـــه كنفقة القريب، وبدل الإتلافات[3] ، ووفقا لهذا المعنى عرفه الكمال بن الهمام[4] بأنه " اسم لمال واجب فى الذمة يكون بدلا عن مال أتلفه، أو قرض اقترضه، أو مبيع عقد بيعه، أو منفعة عقد

---

(١) الشـــيخ علـــى حســـب الله: ص٨٣، أ.د نـــزيه حماد: ص١٩٠، د/ محمد نجم الدين الكردى: ص٤.

(٢) د/ محمد نجم الدين الكردى: الموضع نفسه.

(٣) علـــى حـــيدر: درر الحكـــام شـــرح مجلـــة الأحكام جـــ١، ص١٢٨-١٢٩ طبعة دار الجيل بيروت، سنة ١٤١١هـــ،١٩٩١م.

(٤) **الكمـــال بـــن الهمـــام** : هـــو محمـــد بـــن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود السيواســـى ، ثـــم الســـكندرى المعـــروف بابـــن الهمـــام، إمام من علماء الحنفية، أصـــله مـــن ســـيواس ، ولـــد بالإسكندرية ، ونبغ فى القاهرة، وكان شيخ الشيوخ بالخانقـــاه الشـــيخونية بمصـــر، لـــــه كتـــب كثيرة منها (فتح القدير) وهو شرح للهدايـــة فـــى الفقـــه الحـــنفى، و(التحرير فى أصول الفقه) توفى سنة ٨٦١هـــ، يـــنظر: الفوائـــد البهـــية فـــى تـــراجم الحنفية للكنوى ص١٨٠ وما بعدها، طبعة دار المعـــرفة، بـــدون تـــاريخ، الضـــوء اللامـــع لأهـــل القرن التاسع للسخاوى جـــ٨، ص١٢٧، الناشر: مكتبة الحياة بيروت.

عليها من بضع امرأة ــ وهو المهر ــ أو استئجار عين"[1].

وقد عرفت مجلة الأحكام العدلية الدين فى المادة ١٥٨، حيث نصت على أن "الدين ما يثبت فى الذمة، كمقدار من الدراهم فى ذمة رجل، ومقدار منها غير حاضر، والمقدار المعين من الدراهم، أو من صبرة الحنطة الحاضرتين قبل الإفراز فكلها من الديون"[2] .

وهذا المعنى الخاص للدين هو المراد فى بحثنا هذا، لأن موضوعه هو " التصرف فى الديون" سواء أكان هذا التصرف من قبل الدائن أم من قبل المدين ، وهذا التصرف لا يرد إلا على الديون المالية الثابتة للشخص أو عليه.

الفرع الثانى
تعريف الدين فى القانون المدنى

٥٦ - تنقسم الحقوق المالية فى القانون المدنى إلى حقوق عينية، وحقوق شخصية، والحق الشخصى إنما يسمى حقاً شخصياً إذا نظر إليه من جانب الدائن، أما إذا نظر إليه من جانب المدين فيسمى دينا أو التزاما[3] ، وعلى

---

(١) شرح فتح القدير: فصل الضمان جـ٦، ص٣٣٢ طبعة دار الكتب العملية ، وقرب ذلك: تعريف صاحب مفتاح الكرامة للدين، حيث عرفه بأنه (ما يثبت فى الذمة بقرض أو بيع أو إتلاف أو جناية أو نكاح أو نفقة زوجة، أو سبب جناية من يعقل عنه) مفتاح الكرامة للعاملى جـ ٥، ص٢ ط مطبعة الفيحاء بدمشق .

(٢) ويلاحظ أن تعبير المجلة عن الدين بأنه: (ما يثبت فى الذمة) إنما هو تعبير عام يشمل المال والحقوق غير المالية كالصلوات الفائتة والصيام والحج والكفارات ونحوها، ولكن بعد ذكر الأمثلة خص استعمال الدين فى الحقوق المالية بين العباد، فخرج منه الديون المتعلقة بحقوق الله سواء أكانت مالية أم غير مالية، ومما يؤيد استعمال الدين - فى المجلة - بهذا المعنى هو أن المعاملات المالية هو الموضوع الأساسى للأحكام الواردة فيها ، ينظر: على حيدر: المرجع السابق الموضع نفسه.

(٣) أ.د/ عبد الفتاح عبد الباقى: المرجع السابق ص٩، أ.د جميل الشرقاوى فقرة ٢ ص١٢

ذلك فتعريف الدين فى القانون المدنى إنما هو داخل فى تعريف الالتزام، وقد سبق تعريفه[1] فى مطلب الفرق بين التصرف والالتزام بأنه : " واجب قانونى خاص يجعل على عاتق شخص أن يقوم بأداء عمل ، أو امتناع عن عمل ذى قيمة مادية لمصلحة شخص آخر " فلا حاجة إلى التكرار.

٥٧ - **المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى** :

بعد عرض تعريف الدين فى الفقه الإسلامى ، وتعريف الالتزام فى القانون المدنى ، يتضح أن الدين يندرج فى مفهوم الالتزام القانونى ، وذلك لأن الالتزام القانونى له صور ثلاث :

١- إعطاء شىء ، وهو ما يقابل الدين فى الفقه الإسلامى .

٢- القيام بعمل .[2]

٣- الامتناع عن عمل .

المطلب الثانى

مشروعية التعامل بالدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٥٨ - ويشتمل على فرعين :

الفرع الأول : مشروعية التعامل بالدين فى الفقه الإسلامى .

الفرع الثانى : مشروعية التعامل بالدين فى القانون المدنى .

* المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الفرع الأول

مشروعية التعامل بالدين فى الفقه الإسلامى

٥٩ - التعامل بالدين جائز شرعاً وقد دل على جوازه ومشروعية التعامل به الكتاب ، والسنة والإجماع ، والمعقول:

---

(١) يراجع: فقرة ٤٦ وما بعدها .

(٢) الدكتور عبد الحميد محمود البعلى : ضوابط العقود ، مرجع سبق ذكره ، ص ٦٤ .

٦٠ - ١ - أما من الكتاب الكريم فما يأتي :

أ - قول الله تعالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ...** ﴾ [١] .

وجه الاستدلال من هذه الآية : إن الله سبحانه وتعالى قد أمر عباده المؤمنين أنهم إذا تعاملوا بالدين أخذا أو إعطاء أن يكتبوا هذه المعاملة، حفاظاً على حق الدائن من إنكار المدين أو مراوغته فى السداد، أو من طروء بعض العوارض كالموت ونحوه[٢] ، فكان ذلك دليلا على مشروعية التعامل بالدين، وذلك لأن الدين لو لم يكن مشروعاً لما أمر الله ـ تعالى ـ بكتابته وتوثيقه، ولكان قد نهى عنه، فلما أمر تعالى بكتابته وتوثيقه علم أنه مشروع.

ب - قول الله تعالى: ﴿ **... مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ...** ﴾ [٣] وقوله تعالى: ﴿ **... مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ...** ﴾ [٤] وقوله تعالى ﴿ **... مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ...** ﴾ [٥].

وجه الاستدلال من هذه الآيات : إن الله سبحانه وتعالى قد أمر بأداء الدين قبل[٦] تنفيذ وصايا الميت، وتوزيع ما تبقى من التركة بعد

---

(١) سورة البقرة من الآية رقم ٢٨٢.

(٢) أحكام القرآن لابن العربى جـ١، ص٢٤٧ تحقيق: محمد على البجاوى طبعة دار الجيل بيروت بدون تاريخ، وقال القرطبى: (وقد استدل بها بعض علمائنا على جواز التأجيل فى القروض على ما قال مالك، إذ لم يفصل بين القرض وسائر المداينات) . ينظر: تفسير القرطبى المسمى الجامع لأحكام القرآن جـ٢، ص١٢٩٧: الناشر دار الغد العربى الطبعة الأولى سنة ١٤٠٩هـ ، ١٩٨٩م.

(٣) سورة النساء من الآية رقم ١١.

(٤) سورة النساء من الآية رقم ١٢.

(٥) سورة النساء من الآية رقم ١٢.

(٦) ولا يخالف ذلك الآيات القرآنية السابقة التى ذكرت فيها الوصية قبل الدين، وذلك لأن السر فى تقديم الوصية على الدين لفظاً مع تأخرها رتبة هو العناية بأمر الوصايا والحث على تنفيذها، والإشارة إلى أنه لا يجوز ===

ذلك على الورثة كل على قدر نصيبه المحدد شرعاً، ولا شك أن الأمر بأداء الدين لا يمكن تصوره إلا بحصول الدين قبل الوفاة وهذا دليل على مشروعية التعامل بالدين، وإلا لو كان التعامل بالدين غير مشروع لما أمر الله عز وجل بأدائه.

٦١ – ٢ – وأما من السنة النبوية فما يأتي :

أ – "عن عائشة – رضي الله عنها – أن النبي ﷺ اشترى طعاماً من يهودي إلى أجل ورهنه درعاً من حديد "(١) .

ب – وفي حديث أنس ﷺ "ولقد رهن النبي ﷺ درعاً له بالمدينة عند يهودي(٢) وأخذ منه شعيرا لأهله ..." (٣) .

=== التهاون فيها بسبب أنها من التبرعات مثلما لا يجوز التهاون في أداء الديون، أضف إلى ذلك أن عطف الدين على الوصية بحرف العطف (أو) لا يفيد أن الوصية مقدمة في الرتبة على الدين، وذلك لأن هذا الحرف لا يقتضي الترتيب، وإنما يقتضي التفصيل، حيث جاءت هذه الآية لتبين أن الوصية أو الدين أو مجموعهما مقدم في الرتبة على حقوق الورثة في التركة.

ينظر في بيان سبب تقديم الوصية على الدين في الآيات السابقة لفظاً مع تصريح السنة وانعقاد الإجماع على تقديم الديون على الوصايا: الجامع لأحكام القرآن للقرطبي: المرجع السابق جـ٢، ص١٧٤٠، أحكام القرآن لابن العربي المرجع السابق جـ١، ص٣٤٣، ٣٤٤ ، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير للإمام الشوكاني جـ١، ص٤٣٣ عالم الكتب بدون تاريخ.

(١) هذا الحديث متفق عليه واللفظ للبخاري، ينظر:صحيح البخاري: كتاب البيوع ١٤ – باب شراء النبي ﷺ بالنسيئة جـ٢، ص٦١٦ حديث رقم ٢٠٦٨، صحيح مسلم بشرح النووي : كتاب المساقاة باب الرهن وجوازه في الحضر كالسفر جـ١١، ص٤٠.

(٢) اليهودي الذي اشترى منه رسول الله ﷺ الطعام إلى أجل هو أبو الشحم الظفري ينظر: التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير لابن حجر العسقلاني جـ٣، ص٤١ الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية سنة ١٣٩٩ هـ، ١٩٧٩م .

(٣) صحيح البخاري كتاب البيوع١٤، باب شراء النبي ﷺ بالنسيئة جـ٢، ص ٦١٦ حديث رقم ٢٠٦٩ سنن الترمذي: كتاب البيوع باب ما جاء في الرخصة في الشراء إلى أجل جـ٣، ص٥١٠ حديث رقم ١٢١٥ وقال أبو عيسى: هذا حديث حسن صحيح.

وجــــه الاســتدلال مــن هــذيــن الحــديــثــين : إن رسول الله ﷺ قد اشــترى طعامـــا إلـــى أجل، وبالتالى يكون قد تعامل بالدين، فدل ذلك على جوازه، إذ لو لم يكن جائزا لما تعامل به رسول الله ﷺ.

٦٢ – ٣ – وأمــــا الإجـمــــاع : فقد أجمعت الأمة على مشروعية التعامل بالنسيئة[1] أى الدين .

٦٣ – ٤ – وأما من المعـقـول :

فــإن الإنسان مدنى بطبعه بحيث لا يستطيع الاستقلال بشئون حياته مــنفرداً، ولمــا كانــت حاجات الإنسان متعددة، ورغباته متجددة، بحيث لا تســتطيع إمكاناتــه الحالية الوفاء بها فقد أباحت الشريعة الإسلامية التعامل بالدين لما فيه من مظاهر التيسير على العباد، فلو منع هذا التعامل لشق الأمر علــى بعــض المحتاجين إلى شراء ما يلزمهم ولا يملكون ثمنه وقت العقد، ولاضــطر بعــض الناس إلى أخذ ما فى يد غيره عنوة، ولذلك وجب تنظيم الحاجات حتى يتمكن الإنسان من الحصول عليها دون إضرار بغيره، ومن ثم كانت شرعية التعامل بالدين[2].

الـفــرع الـثـانـى

مشــروعية التعامل بالـدين فى القانون المدنى

٦٤ – أشرت فيما سبق أن مسمى الدين داخل فيما يعرف فى القانون المدنى بالالتزام، وقد نظم القانون المدنى الالتزامات فبين مصادرها (المواد من ٨٩

---

(١) وقــد حكــى ابــن حجــر العسقلانى الإجماع عن ابن بطال، حيث قال: (قال ابن بطــال: الشــراء بالنســيئة جائــز بالإجمـــاع) ثم قال ابن حجر بعد ذلك مباشرة: (قلــت لعــل المصــنف تخــيل أن أحداً يتخيل أنه ﷺ لا يشترى بالنسيئة ؛ لأنها ديــن فــأراد دفــع هــذا التخــيل وأورد المصنف فيه حديثى عائشة وأنس فى أنه ﷺ اشــترى شــعيرا إلـــى أجــل ورهن عليه درعه) ينظر : فتح البارى بشرح صــحيح الــبخارى لابــن حجــر العســقلانى جـــ٤، ص٣٥٤ طبعة دار الريان للتراث الطبعة الثانية سنة ١٤٠٧هــ، ١٩٨٧م.

(٢) فــى هذا المعنى : حجة الله البالغة للإمام / أحمد شاه ولى الله المعروف بالدهلوى ، جــ ٢ ص ٢٠٦ ، طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، سنة ١٤١٥ هــ/١٩٩٥م ، د/ محمد نجم الدين الكردى فى رسالته السابقة ص٢١.

إلى ١٩٨) ثم بين كيفية تنفيذ المدين للالتزام (المواد من ١٩٨ إلى ١٩٩) ثم بين ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان (المواد من ٢٣٤ إلى ٣٦٤) ثم بين انتقال الدين عن طريق حوالة الحق (المواد من ٣٠٣ إلى ١٣٤) وانــتقاله عــن طريق حوالة الدين (٣١٥ إلى ٣٢٢) ، ثم بين أحكام انقضـــاء الالـــتزام بالوفـــاء (المواد من ٣٢٣ إلى ٣٤٩) وبما يعادل الوفاء كالوفـــاء بمقـــابل (المواد من ٣٥٠ إلى ٣٥١) والتجديد والإنابة (المواد من ٣٥٢ إلى ٣٦١) والمقاصة (المواد من ٣٦٢ إلى ٣٦٩) واتحاد الذمة (المادة ٣٧٠ مدنـــى) ، كمــا بيـــن القانون المدنى أحكام انقضاء الالتزام دون وفاء بالإبـــراء (المـــواد ٣٧١ إلى ٣٧٢) واستحالة التنفيذ (المادة ٣٧٣) والتقادم المســـقط (المـــواد ٣٧٤ إلى ٣٨٧) ، أضف إلى ذلك أن القانون المدنى كان يتضـــمن الـــنص على أحكام إثبات الالتزام وذلك فى المواد (من ٣٨٩ إلى ٤١٧) إلا أن هـــذه المـــواد قـــد ألغيت بصدور قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨م.

فتنظـــيم القـــانون المدنى أحكام الالتزام أو الدين على هذا النحو يدل على مشروعية التعامل فى الدين فى القانون المدنى .

٦٥- المقـارنـة بيـن الفقـه الإسلامـى والـقانـون المـدنـى :

بعـــد عـــرض موقـــف كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى من مشروعية التعامل بالدين يتضح اتفاقهما فى هذا الشأن ، إذ يعد التعامل بالدين مشروعاً فى كل منهما .

المبحث الثانى

أقسام الديون ومصادرها فى الفـقه الإسـلامى والقـانـون الـمـدنى

٦٦ – ويشتمل على مطلبين:

المطلـــب الأول: أقســـام الديـــون فـــى الفقـــه الإســـلامى والقانون المدنى.

المطلب الثانى: مصادر الديون فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى.

المطلب الأول

أقسام الديون فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٦٧ – ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: أقسام الديون فى الفقه الإسلامى.

الفرع الثانى: أقسام الديون فى القانون المدنى.

* المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى.

الفرع الأول

أقسام الديون فى الفقه الإسلامى

٦٨ – **تمهيد وتقسيم** : تنقسم الديون إلى أقسام متعددة باعتبارات مختلفة:

- فتنقسم باعتبار الدائن إلى ديون الله ودين العباد.
- وتنقسم باعتبار وقت أدائها إلى ديون حالة، وديون مؤجلة، وديون مقسطة.
- وتنقسم باعتبار قوتها إلى أقسام متعددة:
  - فتنقسم إلى ديون قوية، وديون متوسطة ، وديون ضعيفة.
  - كما تنقسم بهذا الاعتبار إلى ديون عادية وديون ممتازة.
  - وتنقسم أيضا بهذا الاعتبار إلى ديون الصحة وديون المرض.
  - وتنقسم أخيرا بهذا الاعتبار إلى ديون صحيحة وديون غير صحيحة.
- وتنقسم باعتبار سببها بالنسبة للمدين إلى ديون ثابتة فى الذمة أصالة، وديون ثابتة فى الذمة تبعا لثبوتها على شخص آخر.
- وتنقسم باعتبار سببها بالنسبة للدائن إلى ديون مشتركة، وديون غير مشتركة "مستقلة" ، كان هذا هو الموجز وإليك التعريف بكل قسم من هذه الأقسام بشئ من التفصيل[1]:

---

(١) ينظر فى بيان هذه الأقسام: فضيلة الشيخ أحمد أبو الفتح: كتاب المعاملات فى الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية ص ١٧ وما بعدها طبعة مطبعة النهضة – الطبعة الثانية سنة ١٣٤٠هـ، ١٩٢٢م . فضيلة الشيخ عيسوى احمد عيسوى : المداينات ص ٤٣ وما بعدها، وهو بحثه المقدم لنيل ===

٦٩ – أولا : تقسيم الديون باعتبار الدائن

تنقسم الديون باعتبار الدائن إلى ديون الله – تعالى – وديون العبد:

١ – **ديون الله تعالى** : هى تلك الديون التى ليس لها مطالب من جهة العباد كالنذور والكفارات، أو لها مطالب من جهة العباد ولكن ليس حقا لنفسه كالزكاة، فإنها وإن كان لها مطالب من جهة العباد – وهو الإمام – باعتباره نائبا عن المجتمع فى المطالبة بحقوق الفقراء التى أوجبها الله – تعالى – فى مال من وجبت عليه إلا أنها لم تجب حقا له وإنما وجبت حقا للفقراء(١).

٢ – **ديون العباد** : هى تلك الديون التى لها مطالب من جهة العباد حقا

=== العالمية من درجة أستاذ سنة ١٣٦٥هـ ، ١٩٤٦م ، فضيلة الشيخ على حسب الله: الولاية على المال والتعامل بالدين فى الشريعة الإسلامية ص ١٢١ وما بعدها طبعة سنة ١٩٦٧م ، الدكتور محمد نجم الدين الكردى مرجع سبق ذكره ص ٢٢ وما بعدها ، الدكتور نزيه كمال حماد: زكاة الدين غير المرجو والمال الضمار فى الفقه الإسلامى ص ١٣ وما بعدها، وهو بحث منشور فى مجلة البحوث الفقهية المعاصرة (المملكة السعودية) السنة السابعة العدد الثامن والعشرون سنة ١٤١٦هـ ، الدكتور يوسف قاسم: الحقوق المتعلقة بالتركة فى الفقه الإسلامى ص ٣٦ وما بعدها، الناشر: دار النهضة العربية سنة ١٤١٠هـ ، ١٩٩٠م.

(١) وديون الله – تعالى – نوعان:

النوع الأول : نوع يظهر فيه وجه العبادة والتقرب إلى الله – تعالى – وهو ما لا مقابل له من المنافع الدنيوية، كصدقة الفطر، وزكاة المال، وفدية الصيام، وديون النذر، والكفارات وغيرها، فإنها عبادات يؤديها المسلم امتثالاً لأمر الله – تعالى – وتقرباً إليه.

النوع الثانى : وهو نوع يفرض لتمكين الدولة من القيام بأعباء المصالح العامة للأمة، وهو غالباً ما يقابل بمنفعة دنيوية للمكلف، وذلك كالذى يفرض على الأراضى العشرية والخراجية، وكخمس الغنائم وما يستخرج من كنوز الأرض ومعادنها، وما يفرضه الإمام على القادرين من أفراد الأمة للوفاء بالمصالح التى يعجز بيت المال عن الوفاء بها: ينظر فى ذلك: الشيخ على حسب الله: مرجع سبق ذكره ص ١٢٣، الدكتور نزيه كمال حماد: المرجع السابق ص ١٣.

لنفســـه، وذلك كثمن المبيع وبدل القرض والمتلف، والديات والأروش ، ونحو ذلك .

هـــذا : وتختلف ديون العباد عن دين الله ــ تعالى ــ في كثير من الأحكام، إذ إن ديـــون العباد تخول صاحبها أن يطالب بها المدين، وإذا امتنع عن الأداء جاز أن يرفع الأمر إلى القضاء ليجبره عليه بالحبس أو بالحجـــر، ويبيـــع ما يفى الدين من ماله، ولا يسقط بموته بل يتعلق بتركـــته فلا تنفذ وصاياه ولا يرثه أحد من ورثته إلا فيما بقى بعد الوفاء بهذه الديون.

أما ديون الله – تعالى – فإنه لا يجبر على أدائها – ما عدا الزكاة – كمـــا لا يحبس المدين لأخذها منه جبرا، ولا تباع أملاكه فى شئ منها، ولا تمـــنع انـــتقال الـــتركة إلى الورثة بعد موت المدين، ولا يجب على الوارث إخراجها من التركة إلا إذا كان المورث قد أوصى بها[1] .

---

(١) **هــــذا هـــــو رأى الحنفـــيـــة**: يـــنظر فى ذلك: مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحـــر لدامــاد أفـــندى ، جـــ٢، ص٧٤٦، ٧٤٧ طـــبعة دار إحـــياء الـــتراث العـــربى، رد المحـــتار علـــى الـــدر المخـــتار لابـــن عابدين جـــ٦، ص ٧٦٠ ، تكملـــة الـــبحر الـــرائق لمحمـــد بـــن حســـين الطـــورى جـــ٨، ص ٥٥٨ وهو مطـــبوع فـــى نهايـــة الـــبحر الـــرائق شـــرح كـــنز الدقائق لابن نجيم طبعة دار المعـــرفة وفـــيه (والمـــراد ديـــن لـــــه مطالـــب مـــن جهة العباد لا دين الزكاة والكفـــارات ونحوهـــا، لأن هـــذه الديـــون تسقط بالموت فلا يلزم الورثة أداؤها إلا إذا أوصى أو تبرعت الورثة بها من عندهم) .

أمـــــا جمهـــــور الفقـــهـــــاء : فـــيرون أن ديـــون الله لا تسقط بالوفاة، لأنهـــا وإن كانـــت عـــبادة إلا أن جانـــب المؤنـــة فـــيها أظهر إذ إنها عبء مالى علـــى العـــبد، وهـــذا التكلـــيف المالى لا يسقط بالموت وإنما يتعلق بالتركة ويؤدى منها.

غـــير أن الشـــافعيـــة والظاهـــرية : يقدمـــون ديون الله على ديون العباد، **والمـــالكـيـــة** يؤخـــرونها عـــن ديـــون العباد، **والحنابلـــة** يجعلونها فى مرتبة واحدة، ويقدمون عليها الديون المصحوبة بتأمين عينى.

يـــنظر علـــى الـــتوالى: مغـــنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج للخطيب الشـــربينى جـــ٣، ص٥ طـــبعة دار الفكـــر ، نهايـــة المحـــتاج إلى شرح ===

٧٠ – ثانيا : تقسيم الديون باعتبار وقت أدائها :

تتقسم الديون باعتبار وقت أدائها إلى ديون حالة، وديون مؤجلة، وديون مقسطة أو منجمة:

١ – **الديون الحالة :** هى تلك الديون التى حل وقت أدائها، وبالتالى تصح المطالبة بها فورا ويملك الدائن حق مقاضاة المدين، واستعمال وسائل حمله على الوفاء .

٢ – **الديون المؤجلة :** وهى تلك الديون التى لم يحل وقت أدائها، وبالتالى لا تصح المطالبة بها إلا وقت حلول الأجل، ولكن يجوز للمدين

=== المنهاج للرملى جـ٦، ص٦٠٧ طبعة مصطفى البابى الحلبى الطبعة الأخيرة سنة ١٣٨٦هـ، ١٩٦٧م ، أسنى المطالب شرح روض الطالب للشيخ زكريا الأنصارى جـ٣، ص٤ الناشر: دار الكتاب الإسلامى المحلى لابن حزم جـ٩، ص ٢٥٣ مسألة رقم ١٧٠٩ طبعة دار الآفاق الجديدة ، وفيه (أول ما يخرج مما تركه الميت إن ترك شيئا من المال قل أو كثر ديون الله – تعالى – إن كان عليه منها شئ كالحج والزكاة والكفارات، ونحو ذلك ثم إن بقى شئ أخرج منه ديون الغرماء إن كان عليه دين) ، شرح الخرشى على مختصر خليل جـ٨، ص١٩٧ طبعة دار الفكر ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه جـ٤، ص ٤٥٨ طبعة دار إحياء الكتب العربية، الشرح الصغير للدردير وحاشية الصاوى عليه جـ٢ ص ٤٤٤، طبعة دار الفكر ، كشاف القناع للبهوتى جـ٤، ص ٤٠٤ طبعة دار الفكر بيروت سنة ١٤٠٢هـ، ١٩٦٧م ، منار السبيل فى شرح الدليل لابن ضويان جـ٢، ص٣٥ طبعة دار الكتب العلمية ببروت الطبعة الأولى سنة ١٤١٨هـ ، ١٩٩٧م.

ومما تجدر الإشارة إليه والتنبيه عليه أن الحنفية وإن كانوا يقررون أن ديون الله – تعالى – تسقط بموت من وجبت عليه إلا أنهم يرون أنه آثم ومؤاخذ على ذلك، ينظر فى ذلك : كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزودى للشيخ عبد العزيز البخارى جـ٤، ص٣١١ الناشر: دار الكتاب العربى سنة ١٣٩٤هـ، ١٩٧٤م وقد أخذ قانون المواريث رقم لسنة ١٩٤٣ فى هذا الموضوع بما ذهب إليه الحنفية فقد جاء فى المذكرة التفسيرية لهذا القانون تعليقا على المادة الرابعة منه: (المراد بالديون فى المادة: الديون التى لها مطالب من العباد، وأما ديون الله تعالى فلا تطالب التركة بها أخذا بمذهب الحنفية) ينظر : أ.د يوسف قاسم : المرجع السابق ص ٣٨ .

أن يعجل الأداء ويسقط الأجل، وليس للدائن الامتناع عن قبول الوفاء من المدين، إلا إذا كان فى ذلك ضرر عليه.

٣ – **الديـــون المـــقســـطة أو المـــنجـــمـــة** : وهى تلك الديون التى تؤدى أجزاء متفرقة فى أوقات متعددة ويشترط لصحة التقسيط أن تكون الأجزاء معلومـــة، وأوقات الأداء معينة كما اتفق عليها المتعاقدان، كما يجب على المديـــن الوفاء بكل قسط فى الموعد المحدد له، ولا يجبر على الأداء قبل حلـــول الأجل، غير أنه إذا اشترط الدائن على المدين أنه إذا تأخر فى دفع أى قسط حلت باقى الأقساط اعتبر هذا الشرط ووجب العمل به[1] .

٧١ – ثـالثـا: تقسيم الـديـون باعتبار قـوتهـا :

تنقسم الديون بهذا الاعتبار إلى أقسام متعددة:

١ – فتنـــقســـم إلـــى ديـــون قـــويـــة وديـــون ضـــعـــيفـــة:

فالـــديـــن القـــوى : هو ما وجب بدلاً عما هو مال، كبدل القرض، وأموال التجارة ونحوها.

والـــديـــن المتـــوســـط أو الوســـط : هو ما وجب بدلا عن مال ليس معدا للتجارة كثمن ثياب المهنة ودار الخدمة .

والـــديـــن الضـــعـــيف : هو ما وجب وملك لا بدلا عن شئ بغير فعله كالمـــيراث، أو بفعله كالوصية، أو ما وجب بدلا عما ليس بمال كالدية على العاقلة، والمهر، وبدل الخلع أو الصلح عن دم العمد...إلخ[2].

وهـــذا التقســـيم قد انفرد به الإمام أبو حنيفة ـــ رحمه الله ـــ ويظهر أثره فى الزكاة فقط، فتجب الزكاة فى الدين القوى إذا حال عليه الحول، غير

---

(١) رد المحـــتار علـــى الـــدر المخـــتار ٢٤/٤ طـــبعة دار إحياء التراث العربى الطبعة الثانـــية ســـنة ١٤٠٧هـــ، ١٩٨٧م. الدكـــتور نـــزيه حماد، المرجع السابق ص ١٤، الشيخ عيسوى احمد عيسوى: المرجع السابق ص٤٥.

(٢) النـــتف فـــى الفـــتاوى للســـغدى ص١١١ طبعة دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى سنة ١٤١٧هـــ، ١٩٩٦م، مجمع الأنهر جـــ١، ص١٩٥.

أنـــه يـــتراخى الأداء إلى أن يقبض منها أربعين درهما فيزكى منها درهما واحداً، وما يقبض بعد ذلك فبحسابه .

وفـــى الدين المتوسط لا تجب الزكاة على الدائن ما لم يقبض نصاباً كـــاملاً، فحينئذ يزكى لما مضى أما فى الدين الضعيف فلا تجب زكاة ما لم يقبض نصاباً ويحول عليه الحول عنده[1].

٢ – وتنقسم الديون – أيضا – بهذا الاعتبار إلى ديون عادية وديون ممتازة :

فـــالـــديـــون العـــاديـــة أو (المطـــلقـــة) : هى تلك الديون المرسلة التى تتعلق بذمة المدين وحدها، ولا تتعلق بشئ من أمواله، سواء أكانت مملوكة له عند ثبوت الدين أم ملكها بعد ذلك.

وحكـــم هذه الديون أن جميع أموال المدين تكون صالحة للوفاء بها، ولا يكـــون مانعـــا مـــن أن يتصـــرف المدين فى أمواله بأى نوع من أنواع التصرفات.

والديـــون الممـــتازة أو (الموثقة) : هى تلك الديون التى تتعلق بعين مالية مـــن أعيان المدين تأكيدا لحق الدائن، وتوثيقا لجانب الاستيفاء، وذلك كالدين الذى أخذ الدائن به رهنا.

وحكم هذا الدين أنه يعطى لصاحبه حق التقدم فى استيفائه عن سائر الدائنين العاديين[2].

٣ – كما تنقسم – أيضا – بهذا الاعتبار إلى ديون الصحة وديون المرض :

---

(١) بدائـــع الصـــنائع فـــى ترتيـــب الشرائع للكاسانى جـــ٢، ص١٠ طبعة دار الكتاب العـــربى، بـــيروت لبـــنان، الطـــبعة الثانـــية ســـنة ١٤٠٢هـــ، ١٩٨٢م ، البحر الـــرائق شـــرح كـــنز الدقـــائق لابـــن نجـــيم جــــ٢، ص١٢٣-٢٢٤ طبعة دار المعـــرفة للطـــباعة والنشـــر، الطـــبعة الثانـــية ، الفتاوى الهندية جـــ١، ص١٧٥ طـــبعة المطـــبعة الأمـــيرية الكـــبرى ببولاق الطبعة الثانية سنة ١٣١٠هـــ، مجمع الأنهر: المرجع السابق ، الموضع نفسه.

(٢) شـــرح الخرشـــى علـــى منتصـــر خلـــيل جــــ٥، ص٢٦٢. نهاية المحتاج جـــ٤، ص٣٠٥، كشـــاف القـــناع أوائـــل بـــاب الحجـــر جــــ٣ــ ٤١٧-٤١٨، وكذلك الشـــيخ عيســـوى أحمـــد عيســـوى: المـــرجع السابق ص ٤٦، ٤٧، الدكتور نزيه حماد: المرجع السابق ص ١٦، ١٧ فقرة ٩.

أمـــا ديــون الصـــحـــة : فهى تلك الديون التى نشأت حال صحة المدين، سواء ثبتت بإقراره أو بالبينة، أو التى نشأت حال مرض موته وأمكن إثباتها بالبيــنة بأن كان سبب هذه الديون ظاهراً ومعروفاً، كما لو اقترض مبلغا من المال للعلاج مثلا[1].

وأمـــا ديــون المـــرض: فهى تلك الديون التى لا تثبت إلا بإقرار المريض فى مرض موته، أو فيما له حكم هذا المرض، كما لو أقر حال خروجه للقتل قصاصا، أو حال خروجه للحرب أو نحو ذلك .

وفـــائدة هذا التقسيم ــ عند من يقول به[2] ــ تظهر فى حالة ما إذا تعددت الديون على المدين وتفاوتت فى القوة بأن كان بعضها ديون صحة ،

---

(١) وعلـــى ذلـــك فـــالمدار علـــى اعتبار الدين من ديون الصحة هو إمكان إثباته بحجة لا شـــبهة فـــيها ، بغـــض الـــنظر عـــن كونــــه نشأ حال الصحة أو حال المرض، ينظر أ.د/ يوسف قاسم: مرجع سبق ذكره ص٣٩ فقرة ٥٢.

(٢) والقـــائلون بالـــتفرقة بيـــن ديـــون الصـــحة وديـــون المرض، هم الحنفية وبعض الحـــنابلة يـــنظر فـــى ذلـــك : المبســـوط للسرخســـى جــ١٨، ص٢٦ طبعة دار المعـــرفة للطـــباعة والنشـــر ، الـــبدائع جــ٧، ص٢٢٥ البحر الرائق جــ٧، ص ٢٥٤، المـــبدع فـــى شـــرح المقـــنع لابـــن مفلح جــ١٠، ص٢٩٩ طبعة المكتب الإســـلامى ســـنة ١٤٠٠هـــ ، ١٩٨٠م ، الكـــافى فـــى فقه الإمام المبجل احمد بـــن حنـــبل لابـــن قدامـــة جــ٤، ص٥٧١ طبعة الكتب الإسلامى للطباعة والنشر بيروت الطبعة الثالثة سنة ١٤٠٢هــ، ١٩٨٢م .

ويذهـــب الشـــافعية وابـــن أبـــى لـــيلى وبعض الحنابلة إلى عدم التفرقة بين ديون الصـــحة وديـــون المـــرض علـــى أســـاس أن الإقـــرار يعد من جنس التجارة ، وبســـبب المـــرض إنمـــا يلحقـــه الحجـــر عـــن التبرع لا عن التجارة، ، ينظر : التهذيـــب فـــى فقـــه الإمـــام الشـــافعى للبغوى جــ٤، ص٢٦١، ٢٦٢ طبعة دار الكتـــب العلمـــية الطـــبعة الأولـــى ســـنة ١٤١٨هـــــ، ١٩٩٧م ، وكذلك: العزيز شـــرح الوجـــيزة للـــرافعى جــــ٥، ص٢٨١، ٢٨٢ طـــبعة دار الكتـــب العلمية الطـــبعة الأولـــى ســـنة ١٤١٧هـــــ، ١٩٩٧مـــ أسنى المطالب جــ٢، ص٢٩٠، المسبوط جــ١٨، ص٢٦، الكافى فى فقه الإمام احمد جــ٤، ص ٥٧٠ .

ويذهـــب المالكـــية إلـــى عـــدم الـــتفرقة بين ديون الصحة، وديون المرض إلا فى حالـــة واحـــدة، وهـــى حالـــة مـــا إذا كان المقر متهماً فى إقراره، ينظر: الزخيرة للقـــرافى جــــ٩، ص٢٦٠ حيـــث لخـــص الآراء فـــى المســـألة بقوله: (وأصل المســـألة أن المـــرض لا يؤثـــر فـــى الإقرار عند الشافعى، ويؤثر عند أبى حنيفة ، وعـــندنا يؤثـــر فـــى محـــل تقـــوى فـــيه الـــتهمة) طبعة دار الغرب الإسلامى الطبعة الأولى سنة ١٩٩٤م ، الشرح الكبير جــ٤، ص٣٩٨.

وبعضـــها ديـــون مـــرض، ففـــى هذه الحالة تقدم ديون الصحة على ديون المرض[1] .

٤ - كمـــا تنقســـم الديـــون ـ أخـــيرا ـ بهـــذا الاعتـــبار إلـــى ديـــون صحيحة وديون غير صحيحة:

أمـــا الديـــون الصـــحيـــحة : فهى تلك الديون اللازمة التى لا تسقط إلا بـــالأداء أو الإبـــراء كثمن المبيع وأجرة الدار، ودين القرض، ودين المهر، ودين النفقة على تفصيل فيه[2].

---

(١) أمـــا إذا لـــم تـــتعدد الديـــون، أو تعـــددت ولم تتفاوت بأن كانت كلها ديون صحة، أو كلهـــا ديـــون مـــرض فـــلا فـــائدة لهذا التقسيم، أما فى حالة عدم تعدد الديون فالأمـــر ظاهـــر، وأمـــا فـــى حالـــة الـــتعدد وعدم التفاوت فلأن أموال المدين إذا كانـــت كافـــية للوفـــاء بهـــذه الديـــون أخـــذ كل دائن دينه، وإن كانت غير كافية أقتســـمها الدائـــنون قســـمة غـــرماء، أى كـــل بنسبة دينه، ينظر : مراجع الحنفية والحنابلة السابقة: المواضع نفسها.

(٢) اختلف الفقهاء فى دين نفقة الزوجية ودين نفقة الأقارب:

أما بخصوص دين نفقة الزوجية: فقد اختلف الفقهاء فيه على رأيين:

الـــرأى الأول : وهـــو للمالكـــية والشـــافعية والحـــنابلة فى رواية، ويرون أن دين نفقـــة الزوجـــية يعـــد مـــن الديون الصحيحة، فلا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء، ولو لـــم يقـــض بـــه القاضـــى أو يـــتراض علـــيه الـــزوجان ، وعلى ذلك فلا تسقط بـــالموت، لأنهـــا مـــال وجـــب فـــى الذمـــة مقابل احتباس المرأة للزوج فلم يسقط بمضـــى الـــزمان قياســـا علـــى الصداق، ينظر فى ذلك: المعونة على مذهب عالم المديـــنة للقاضـــى عـــبد الوهـــاب جــــ١، ص٥٥٢ ومـــا بعدها طبعة دار الكتب العلمـــية بـــيروت الطـــبعة الأولـــى ســـنة ١٤١٨هــــ، ١٩٩٨م ، الشرح الكبير وحاشـــية الدســـوقى علـــيه جــــ٢، ص٥١٤، ٥١٥، الوسيط فى المذهب للغزالى جــــ٦، ص٢٢٣ طـــبعة دار الســـلام للطـــباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ســـنة ١٤١٧هــــ، ١٩٩٧م، روضـــة الطالبيـــن للنووى جــ٩، ص٧٥،٧٦ طبعة المكتـــب الإســـلامى الطـــبعة الثانـــية ســـنة ١٤٠٥هــ، ١٩٨٥م ، الكافى فى فقه الإمـــام أحمـــد بـــن حنـــبل جــــ٣، ص٣٧١، شرح منتهى الإرادات جــ٣، ص ٢٤٧ ط دار الفكر.

الـــرأى الـــثانى: وهـــو للحنفـــية واحمد فى رواية، ويرون أن دين نفقة الزوجية يعـــد مـــن الديـــون غـــير الصحيحة أو غير اللازمة، فيسقط بالأداء والإبراء، ==

وأمـــا الديون غير الصحيحة أو الديون غير اللازمة : فهى تلك الديون التى تســـقط بـــالأداء أو الإبراء، وبمسقطات أخرى كالديون التى لله ــ تعالى ــ عند من يسقطها بالموت، وكدين نفقة الزوجة والأقارب إذا قضى بها القاضى أو تراضـــى علـــيها الـــزوجان ولـــم تســـتدن فإنها تكون ديناً غير صحيح عـــند الحنفـــية وتسقط بالأداء والإبراء وبمضى شهر وبموت أحد الزوجين

== وغـــيرهما كـــالموت، إذ لا وجـــه لتكلـــيف الـــزوج بصلة وبر بعد موته، أو مـــع نشـــوز امـــرأته، اللهـــم إلا إذا خلـــت الـــنفقة من معنى البر والصلة كما لو قضـــى بهـــا القاضـــى أو تراضـــى عليها الزوجان، ثم استدينت بأمر القاضى، أو بأمـــر الـــزوج، فحينـــئذ تعـــد ديـــناً صـــحيحا أو لازمـــاً ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبـــراء يـــنظر: المبســـوط جــــ ٥، ص١٨٤،١٨٥ مجمع الأنهر جـــ١، ٤٩١-٢٩٤ ، وأيضـــاً مـــراجع الحـــنابلة المذكـــورة فى الرأى الأول : المواضع نفسها ، وقـــد أخـــذ القـــانون رقـــم ٢٥ لسنة ١٩٢٠م بما ذهب إليه الجمهور حيث نص فـــى مادتـــه الأولـــى علـــى أنه: (تعتبر نفقة الزوجة التى سلمت نفسها لزوجها ، ولـــو حكمـــاً ديـــناً فـــى ذمته من وقت امتناع الزوج عن الإنفاق مع وجوبها عليه بـــلا توقـــف علـــى قضـــاء أو تـــراض مـــنها ، ولا يســـقط ديـــنها إلا بالأداء أو الإبـــراء) يـــنظر : الأحكـــام الشـــرعية للأحوال الشخصية للشيخ أحمد إبراهيم بك ص ١٧١ الطبعة الثالثة سنة ١٣٥٧هـــ ١٩٣٨م .

أمـــا بخصـــوص ديـــن نفقـــة الأقـــارب : فجمهـــور الفقهاء من الحنفية والمالكية، والشـــافعية والحـــنابلة علـــى أنـــه مـــن الديـــون غير اللازمة التى تسقط بمضى المـــدة، لأن نفقـــة الأقـــارب وجبـــت كفايـــة للحاجة، وقد حصلت بمضى المدة، اللهـــم إلا إذا قضـــى بهـــا القاضـــى ، ثم استدينت بأمره فإنه تعد والحالة هذه من الديـــون الصـــحيحة أو اللازمـــة الـــتى لا تســـقط إلا بـــالأداء أو الإبراء، ينظر: تبييـــن الحقـــائق شـــرح كـــنز الدقائق للزيلعى جـــ٣، ص٦٥، مجمع الأنهر جـــ ١، ص٥٠٤، شـــرح الـــزرقانى علـــى مختصـــر خلـــيل جــــ٤، ص٢٦١ طبعة دار الفكـــر ســـنة ١٣٩٨هـــــ ، ١٩٨٧م ، الشـــرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه جــــ٢، ص٥٢٤، روضـــة الطالبيـــن جــــ٩، ص٨٥، حاشية الرملى على أسنى المطالـــب جــــ٣، ص٤٤ وهـــى مطـــبوعة بهـــامش أســـنى المطالب، تصحيح الفروع للمرداوى جـ٥، ص ٥٩٩ وهو مطبوع أسفل الفروع.

وهـــناك وجـــه عـــند الشـــافعية ذكـــره الـــنووى فـــى الروضـــة يقرر أن نفقات الأقـــارب تعـــد مـــن الديـــون الصـــحيحة أو اللازمـــة قياســـا على نفقة الزوجة، ينظر: روضة الطالبين: الموضع نفسه.

وغيـــر ذلـــك [1].

٧٢ – رابعـاً : تقسـيم الـديـن باعتـبار سـببـه :

ينقسم الدين باعتبار سببه بالنسبة للمدين وبالنسبة للدائن:

١ – فينقسم الدين باعتبار سببه بالنسبة للمدين إلى دين ثابت فى الذمة أصالة، ودين ثابت فى الذمة تبعاً لثبوته على شخص آخر:

أ – **فالدين الثابت فى الذمة أصالة:** هو ما وجب فى ذمة المدين ابتداء، وهو كل دين ما عدا دين الكفالة والحوالة.

ب – **والدين الثابت فى الذمة تبعا:** فهو كل من دين الكفالة والحوالة، فإنهما يثبتان بالتبعية لثبوتهما فى ذمة المكفول عنه، والمحيل[2].

٢ – وينقسم باعتبار سببه بالنسبة للدائن إلى دين مشترك، ودين غير مشترك "مستقل" :

أ – **فالديــن المشــترك:** هو ما كان سبب ثبوته فى ذمة المدين متحداً، سواء أكان ثمن مبيع مشترك بين اثنين أو أكثر بيع صفقة واحدة ولم يذكر فى العقــد ثمن حصة كل واحد من الشركاء ، أم كان ديناً آيلاً بالإرث إلى عــدة ورثة ، أم كان بدل قرض مستقرض من مال مشترك بين اثنين أو اكثر، أو غير ذلك.

ب – **والدين غير المشترك أو (المستقل) :** هو ذلك الدين الذى يثبت فى ذمة المدين بسبب مختلف عن غيره من الديون المتعلقة بذمته كأن يكون أحد الدينين بدل قرض والآخر ثمن مبيع، أو يكون الدينان ثمن مبيع مشترك، كل واحد من الشريكين سمى لنصيبه ثمناً معيناً .

---

(١) يـــنظر: حاشـــية رد المحـــتار علـــى الدر المختار جـــ٥، ص١٥٨، وأيضاً: مرشد الحـــيران إلـــى أحـــوال الإنســـان لمحمـــد قـــدرى باشا فى المادة ٨٥٢، ٨٥٣ ، الشيخ على حسب الله: ص١٢٩ الشيخ احمد أبو الفتح ص١١٨.

(٢) الشـــيخ عيســـوى احمـــد عيســـوى: مـــرجع سبق ذكره، ص٤٨، الشيخ احمد أبو الفتح: الموضع نفسه .

ولعــل أهم الفروق بين الدين المشترك، والدين غير المشترك هو ما ذكره الحنفية من أن الديون المطلوبة من المدين إذا كانت غير مشتركة فلكل واحــد من أربابها استيفاء دينه على حدة، وما يقبضه يحسب من دينه خاصة لا يشاركه فيه أحد من الدائنين الآخرين.

أما إذا كان الدين الذى على المدين مشتركاً بين اثنين أو اكثر، فلكل واحد من الشركاء أن يطلب حصته منه، ولا يختص القابض منهم بما قبضه، بــل يكــون مشــتركاً بين الشركاء لكل واحد منهم حق فيه بقدر حصته من الدين[1].

وفــى النهاية ينبغى الإشارة إلى أمر هام هو أن دراسة أقسام الديون ليســت تــزيداً، ولا ترفاً علمياً، وإنما هو من الأهمية بمكان فى مجال بحثنا وهــو التصرف فى الديون، إذ يعرف من خلاله ما يدخل فى بحثنا من أقسام الديــون ومــا لا يدخل ، فيدخل فيه ديون العباد[2] ، والديون القوية والديون الصــحيحة، بيــنما لا يدخل فيه الديون التى تتعلق بحق الله – تعالى – وكذا الديون الضعيفة، والديون غير الصحيحة.

---

(١) المبســوط جــــ٢١، ص٤١ ، الــبدائع جــــ٦، ص٦٥، تبين الحقائق جــ٥، ص ٤٥-٤٦ ، الفــتاوى الهــندية جــــ٢، ص٣٣٦ درر الحكــام شرح مجلة الأحكام لعلــى حــيدر جــــ٣، ص٥٣ ، مجلــة الأحكام العدلية فى المادة ١٠٩١ ومرشد الحــيران فــى المــواد ١٦٩، ١٧٠، ١٧٢ ، كشــاف القــناع جــ٣، ص٥٠٢-٥٠٣ مجلــة الأحكــام الشــرعية علــى مذهب الإمام احمد للشيخ عبد الله القارى فى المادة ١٨٠٠، الطبعة الأولى سنة ١٤٠١هــ – ١٩٨١م.

(٢) ســواء أكانــت هــذه الديــون حالــة أم مؤجلــة، وسواء أكانت مطلقة (عادية) أم موثقــة وســواء كانــت ثابــتة فــى ذمــة المديــن أصالة، أم كانت ثابتة فى ذمة المديــن تــبعا لثــبوتها فــى ذمــة شــخص آخر ، وسواء أكانت مشتركة أم غير مشتركة.

الفــرع الثانـى

أقسـام الـديــون فـى القـانــون الـمـدنـى

٧٣ - تنقسم الديون فى القانون المدنى إلى ديون عادية، وديون مضمونة بتأمين شخصــــى، وديون مضمونة بتأمين عينى، وسوف نلقى - فيما يلى - بعض الضوء على كل قسم من هذه الأقسام:

٧٤ - أولاً : الـديــون العاديــة :

هـــى تلك الديون التى تعد داخلة فى الضمان العام للدائنين العاديين ، دون أن تكون مضمونة بتأمين شخصى أو عينى.

وهذه الديون تعد مضمونة بأموال المدين جميعها التى تمثل الضمان العــــام للدائنين، وهؤلاء الدائنون متساوون فى هذا الضمان عملاً بما قررته المادة ٢٣٤ مدنى التى تنص على أن :

" ١- أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه.

٢- وجمـــيع الدائنيـــن متساوون فى هذا الضمان، إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون " .

وعلـــى ذلــك : إذا تعدد الدائنون العاديون فإنهم يشتركون فى قسمة أمــوال المدين ، فإذا كانت هذه الأموال كافية للوفاء بسائر هذه الديون أخذت مـــنها ، وإلا قســـمت هذه الأموال على الدائنين كل بنسبة دينه، دون مراعاة لتاريخ الديون[1].

---

(1) الدكــتور محمــد كــامل مرســى: شــرح القــانون المدنى الجديد: الحقوق العينية التبعــية فقــرة ٢ ، ص١٣-١٤ طــبعة المطــبعة العالمــية ، الطبعة الثانية سنة ١٣٧٠هــــ، ١٩٥١م ، أ.د/ عــبد الــرزاق الســنهورى: الوســيط فــى شــرح القــانون المدنـــى، الجــزء العاشــر فــى التأميــنات الشخصية والعينية فقرة ١، ص٣، الناشــر: دار النهضـــة العربــية ســنة ١٩٧٠، أ.د/ سمير عبد السيد تناغو : التأميــنات الشخصــية والعينــية فقــرة ١، ص ٥ ، ٦ الناشــر منشأة المعارف بالإسكندرية سنة ١٩٧٥م.

غـــير أن الدائـــن العادى قد يتعرض لخطر إعسار المدين فى حالتى تزايد ديونه، أو التصرف فى أمواله، بحيث لا تبقى لـــه أموال للتنفيذ عليها ، لذلك فإن القانون لم يترك الدائن العـــادى عرضة لهوى المدين أو غشه، بل حـــاول أن يحقـــق له أكبر قدر من الحماية فى الحدود التى تسمح بها فكرة الضمان العام[1].

وفـــى إطار هذه الحماية أجاز القانون للدائن أن يستعمل حقوق مدينه إذا أهمل هذا الأخير فى استعمالها مما يترتب عليه إعساره أو الزيادة فى هذا الإعسار، وهو ما يعرف بالدعوى غير المباشرة (المادة ٢٣٥، ٢٣٦)، كما أجـــاز للدائن أن يطعن فى تصرفات مدينه بالدعوى البولصية وأن يتمسك بعـــدم نفاذها فى مواجهته إذا انطوت على غش من المدين (المادة ٢٣٧ وما بعدها من القانون المدنى) ، كما له – أيضا – أن يطعن فى تصرفات مدينه بدعـــوى الصـــورية ، وأن يتمســـك بالعقد الحقيقى إذا كان هذا فى مصلحته (المادة ٢٤٤، ٢٤٥ مدنى) ، وللدائن ـــ كذلك ـــ إجراء الوسائل التحفظية، وذلـــك مـــثل طلب توقيع الحجز التحفظى على منقولات المدين(المادة ٣١٩ مـــرافعات) ، والتدخل فى قسمة المال الشائع المملوك للمدين (المادة ٨٤٢ مدنى).

وعـــلاوة علـــى ما تقدم فقد نظم القانون حالة الإعسار المدنى الذى يحقـــق للدائن حماية عدم نفاذ أى تصرف أو وفاء يقوم به المدين بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار (٢٤٩ مدنى) .

كـــل هـــذه الضـــمانات وضعها المشرع الوضعى لحماية حق الدائن

---

(١) الدكـــتور محمـــد كـــامل مرســـى: المـــرجع السابق، الموضع السابق، أ.د/ شمس الديـــن الوكـــيل: نظـــرية التأميـــنات فى القانون المدنى ص ٢٣ طبعة سنة ١٩٥٩م ، أ.د/ منصـــور مصـــطفى منصـــور: التأميـــنات العينـــية ص٥ سنة ١٩٦٣م، أ.د/ ســـمير عـــبد الســـيد تـــناغو: فقـــرة ١ ص ٦-٧ أ.د/ توفيق حسن فرج: التأمينات الشخصـــية والعينـــية فقـــرة٢ ص٢ ، الناشـــر مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية سنة ١٩٨٤م.

العادى قبل مدينه[1].

٧٥ - ثانياً : الديون المضمونة بتأمين شخصى :

هى تلك الديون التى تضمن عن طريق ضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين فى المسئولية عن الوفاء بها، فيصبح للدائن بدلاً من مدين واحد مدينان أو أكثر كلهم مسئولون عن الدين، إما فى وقت واحد، أو على التعاقب، بحيث إذا لم يستطع الدائن الحصول على حقه كاملاً من المدين كان له أن يرجع بحقه أو بما تبقى منه على غيره من المسئولين عن هذا الحق[2].

والصورة المثلى للتأمين الشخصى[3]، هى الكفالة الشخصية [4] وتقوم

---

(١) ينظر : أ.د محمد كامل مرسى: المرجع السابق فقرة٢ ص ١٤، أ.د/ عبد الرزاق السنهورى: المرجع السابق ، فقرة١ ص٣-٤، أ.د سمير تناغو ص٧، أ.د توفيق حسن فرج: فقرة ٢ ص٢ ، أ.د عبد الناصر العطار : التأمينات العينية فقرة ١ ص ١ ، ٢ بدون تاريخ ، وينظر فى شرح النظم القانونية التى تكفل حقوق الدائنين فى التنفيذ: أ.د محمود جمال الدين زكى: نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى، الجزء الثانى فى أحكام الالتزام فقرة ٣٦ وما بعدها ص٥٠ وما بعدها طبعة مطبعة جامعة القاهرة سنة ١٩٧٤م - ١٩٧٥م أ.د محمد لبيب شنب : دروس فى نظرية الالتزام - الإثبات - أحكام الالتزام فقرة ٢٥٠ وما بعدها ص ٢٤٤ وما بعدها طبعة سنة ١٩٧٤م ١٩٧٥م ، أ.د/ جلال العدوى: أصول أحكام الالتزام والإثبات ص ١٠١ سنة ١٩٩٦م وما بعدها.

(٢) أ.د/ عبد الرزاق السنهورى: فقرة٣ ص٦ ، أ.د/ محمد لبيب شنب : دروس فى التأمينات العينية والشخصية فقرة ٣ص٤ الناشر دار النهضة العربية سنة ١٩٧٣م، أ.د/ سمير تناغو: المرجع السابق فقرة٤ص١٣.

(٣) وهناك صور أخرى للتأمينات الشخصية كتضامن المدينين، وعدم انقسام الدين، والإنابة الناقصة والدعوى غير المباشرة، ينظر : أ.د/ السنهورى: المرجع السابق فقرة ٩ ص ١٦-١٧، أ.د/ لبيب شنب: فى التأمينات العينية والشخصية ص ٤ هامش ١، وينظر فى عدم اعتبار التضامن بين المدنين تأمينا شخصيا وإن كان يؤدى إلى زيادة ضمان الدائن: أ.د/ سمير تناغو ص ١٣ هامش ٢.

(٤) والكفالة الشخصية تتم بعقد رضائى بين الدائن والكفيل ، أما المدين فليس طرفاً فى العقد ، بل إن الكفالة يمكن أن تتم دون علمه ، بل ورغم معارضته (المادة ٧٧٥ مدنى) لأن الكفالة لا تلزم المدين الأصلى بشىء ، ولا ===

علـــى ضم ذمة شخص يسمى الكفيل إلى ذمة المدين فى مطالبته بهذا الدين، بحيـــث إذا لـــم يستطع للدائن أن يحصل على حقه من المدين، كان لـــه أن يحصل على هذا الحق من الكفيل.

والكفـــيل الشخصى لا يخصص مالا معينا من أمواله لضمان الدين الـــذى على المدين[1] ، وإنما يضع ذمته إلى جانب ذمة المدين، فبعد أن كان الدائن ضمان عام على أموال المدين فقط أصبح لـــه ـ أيضا ـ ضمان عام على أموال الكفيل .

وهـــذا التعدد يمنح الدائن فرصة أكبر لاستيفاء حقه، فإذا كان المدين الأصلى معسرا فقد يجد الدائن ضالته فى التنفيذ على ذمة الكفيل[2].

=== تـــنقل الـــتزامه الأصـــلى . يـــنظر : أ.د جمـــيل الشـــرقاوى : دروس فـــى التأميـــنات الشخصـــية والعينـــية فقـــرة ٥ ص ١٦ طـــبعة ســـنة ١٩٧٦م ، أ.د عبد الخـــالق حســـن أحمـــد : الكفالـــة ـ دراســـة مقارنـــة بيـــن القانون المدنى والفقه الإســـلامى فقـــرة ٤ ص ٧ طـــبعة دار الهـــدى للطباعة سنة ١٤٠٦هـ ١٩٨٦م ، وقـــد نظـــم المشـــرع الوضـــعى هـــذا العقد فى الباب الخامس من الكتاب الثانى من القـــانون المدنـــى ـ المخصـــص للعقـــود المســـماة ـ وذلك فى المواد من ٧٧٢ - ٨٠١ منه .

(١) وإنمـــا الـــذى يفعـــل ذلـــك هو الكفيل العينى، حيث يقدم عيناً - سواء أكانت عقارا أم مـــنقولاً - لضـــمان الوفـــاء بالـــتزام فـــى ذمة شخص آخر، والكفالة العينية فى الواقـــع تأميـــن عيـــنى لا تأميـــن شخصى، ولكنه يتميز بأن الذى يقدمه ضمانا لحق الدائـــن لـــيس هـــو المديـــن كمـــا هـــو العـــادة فى التأمين العينى، بل شخص غير المديـــن لذلـــك فـــإن الكفالـــة العينية غالباً ما تبحث ضمن التأمينات العينية ، لأنهما فى حقيقتها رهن، ينظر:

أ.د/ الســـنهورى: المـــرجع الســـابق فقـــرة ٩ ص ١٦، أ.د/ سليمان مرقس: الوافى فـــى شـــرح القـــانون المدنـــى فى العقود المسماة - المجلد الثالث: عقد الكفالة فقرة ١ ص٢ وما بعدها الطبعة الثالثة سنة ١٩٩٤م.

(٢) أ.د/ ســـمير تـــناغو: المـــرجع الســـابق فقرة ٤ ص ١٣، أ.د/ لبيب شنب: المرجع الســـابق فقـــرة ٤ ص ٤ ، ٥ ، أ.د/ محمـــود جمـــال الديـــن زكـــى: التأميـــنات الشخصـــية والعينـــية فقـــرة ٨ ص ٢٥ الطـــبعة الثالـــثة ســـنة ١٩٧٩م ، أ.د/ عبد الفـــتاح عـــبد الـــباقى: أحكـــم القانون المدنى المصرى: التأمينات الشخصية والعينية ص ٢١ الطـــبعة الثانـــية ســـنة ١٩٥٤م ، أ.د/ ســـليمان مرقس : المرجع السابق ، الموضع نفسه.

٧٦ - ثالثاً : الديون المضمونة بتأمين عينى :

وهى تلك الديون التى يخصص مال معين من أموال المدين لضمانها، ويكون للدائن على هذا المال ميزات لا يشاركه فيها غيره من الدائنين، وهما ميزتا التقدم والتتبع، فإذا أعسر المدين أو حجز على هذا المال وبيع بالمزاد لسداد ما على المدين من ديون كان للدائن صاحب التأمين العينى التقدم على سائر الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة فى استيفاء حقه من هذا التأمين .

وإذا تصرف المدين فى هذا المال، كان لهذا الدائن [1] أن يتتبع هذا المال فى يد من ينتقل إليه ليستوفى حقه منه .

هذا : والتأمينات العينية وردت فى القانون المدنى المصرى، على سبيل الحصر، وهى أربعة :

١ - **الرهن الرسمى:** وهو رهن يرد على عقار فى القانون المصرى، ويتقرر باتفاق تتحرر به ورقة رسمية، ولا يحوز الدائن فيه المال المرهون (١٠٣٠: ١٠٨٤ مدنى) .

---

(١) والدائن المقرر له تأمين عينى له صفتان: فهو دائن أى: صاحب حق شخصى يستطيع بمقتضاه أن ينفذ بحقه على سائر أموال المدين، وهو بالتأمين العينى صاحب حق عينى تبعى يستطيع بمقتضاه أن ينفذ بحقه على المال المخصص لوفاء دينه، ولكن الدائن عادة ما يبدأ بهذا التنفيذ الأخير حتى لا يزاحمه الدائنون العاديون والدائنون التالون له فى المرتبة، ولكن ليس ثمة ما يمنع الدائن صاحب التأمين العينى من أن يبدأ بالتنفيذ على أموال المدين الأخرى غير المخصصة للوفاء بحقه، وعندئذ يشاركه الدائنون الآخرون فى اقتسامها قسمة غرماء ، ينظر: أ.د/ عبد الناصر العطار فقرة٢ ص٤ ، أ.د/ السنهورى فقرة ٣ ص٦ ، أ.د/ محمد كامل مرسى فقرة ٥ ص ١٨، أ.د/ توفيق حسن فرج فقرة ٣ ص ٥، أ.د/ سمير تناغو فقرة ٢ ص٨، ومن ناحية أخرى فإن الشئ المخصص لضمان دين معين لا يخرجه تخصيصه عن الضمان العام المقرر لسائر الدائنين ما دام الشئ على ملك المدين فيجوز للدائنين العاديين حجزه، غير أنه عند توزيع الثمن الناتج عن بيعه يقدم الدائنون المضمونة ديونهم بهذا التأمين، ثم يقسم ما تبقى على الدائنين العاديين، ينظر: أ.د/ محمد كامل مرسى فقرة ٩ ص ٢١.

٢ – **حـق الاختصاص:** وهو رهن رسمي يرد على عقار، ويتقرر بحكم من القضاء، ولا يحوز الدائن فيه المال المخصص للوفاء بحقه (١٠٨٥: ١٠٩٥ مدنى) .

٣ – **الرهن الحيازى:** وهو رهن يرد على المنقول والعقار، ويتقرر بالاتفاق، ويحوز الدائن فيه المال المرهون (١٠٩٦: ١١٢٩ مدنى).

٤ – **حقـوق الامتـياز:** وهى ميزات يقررها القانون لديون معينة قد تكون عامة لها أثر على جميع أموال المدين، وقد تكون خاصة يقتصر أثرها على مـال معيـن من أموال المدين، ويظل المال فى يد المدين فلا يحوزه الدائن، وللامتياز مراتب فيقدم الأقوى منها على غيره (١١٣٠: ١١٤٩ مدنى)(١).

٧٧ – المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى :

بالـنظر إلى تقسيم الديون فى كل من الفقه الإسلامى، والقانون المدنى، فإنه يتضح ما يأتى :

١ – إن الفقـه الإسـلامى يقسم الديون باعتبار الدائن إلى ديون الله وديون العـباد، أمـا القـانون المدنى فلا يعرف هذا التقسيم، وذلك لأن القانون المدنـى إنما هو قانون وضعى لا ينظم من العلاقات سوى ما كان منها بين الناس، أما الفقه الإسلامى فهو فقه شريعة سماوية تنظم العلاقة بين الإنسـان وخالقه، والعلاقة بين الإنسان ونفسه، علاوة على العلاقة بين الإنسان وأخيه الإنسان(٢) .

٢ – لا يعـرف القـانون ــ أيضا ــ وكذا جمهور الفقه الإسلامى ، تقسيم

---

(١) يـنظر فـى بـيان هـذه التأمينات وشرحها: أ.د/ محمد كامل مرسى فقرة ١٥ وما بعدهـا ص٢٥ ومـا بعدهـا، أ.د/ عـبد الناصـر العطار فقرة ٣ وما بعدها ص٥ ومـا بعدهـا، أ.د/ سـمير تـناغو فقرة ٥٩ وما بعدها ص ١٢٥ وما بعدها ، أ.د/ توفيق فرج فقرة ٩١ وما بعدها

(٢) يـنظر فـى هـذا المعـنى: الأسـتاذ الشـيخ محمـد مصطفى شلبى: المدخل فى الـتعريف بالفقـه الإسـلامى مـرجع سـبق ذكـره ص ١٧ ، أ.د/ حسـين حامد حسـان: المدخـل لدراسـة الفقـه الإسـلامى مـرجع سبق ذكره ص ٩–١٠ أ.د/ يوسـف قاسـم: مـبادئ الفقـه الإسـلامى ص ٢٧ ومـا بعدها الناشر دار النهضة العربية سنة ١٤١٧هـ، ١٩٩٧م.

الديـــون إلى ديون قوية، وديون متوسطة، وديون ضعيفة، وذلك لأن أثر هذا التقسيم لا يظهر ــ عند من يقول به ــ إلا فى الزكاة، وهى فريضة إسلامية لا صلة للقانون بها .

٣ – إن تقســيم القــانون الديــون إلـــى عادية، ومضمونة بتأمين شخصى، ومضـــمونة بتأمين عينى إنما هو تقسيم له ما يقابله فى الفقه الإسلامى، فـــالديون العاديـــة فـــى القانون تقابل الديون العادية ، والمطلقة فى الفقه الإســـلامى والديون المضمونة بتأمين شخصى فى القانون تقابل الديون الثابـــتة فـــى الذمة تبعا لثبوتها فى ذمة شخص آخر فى الفقه الإسلامى، والديـــون المضـــمونة بتأمين عينى فى القانون تقابل الديون الممتازة أو الديون الموثقة فى الفقه الإسلامى .

والتقســـيم القانونى للديون وإن كان أقل تفريعا من تقسيم الديون فى الفقـــه الإســـلامى إلا أن كل قسم منها يمكن أن يندرج تحته أقسام، فالديون العادية فى القانون يمكن أن تكون حالة ويمكن أن تكون مؤجلة ، ويمكن أن تكـــون مشتركة ويمكن أن تكون غير مشتركة، وكذلك الحال بالنسبة للديون المضمونة بتأمين شخصى، والديون المضمونة بتأمين عينى.

وعلـــى كـــل حـــال فإن تقسيم الديون فى الفقه الإسلامى أكثر دقة ، وشمولاً ، وإحاطة مما هو عليه الحال فى القانون المدنى.

المطلب الثانى

مصادر الـديـون فـى الفـقـه الإسـلامى والقـانـون الـمـدنى

٧٨ – تمهـيد وتقسـيم :

الأصل براءة ذمة الإنسان من كل دين، أو التزام، أو مسئولية ما لم يوجـــد سبب ينشئ ذلك الدين ويلزم به، ومن هنا كان لابد لثبوت أى دين من ســـبب يقتضـــيه ومصدر ينشأ عنه. ولقد اعتاد كثير من الفقهاء المحدثين[١]

---

(١) يـــنظر علـــى ســـبيل المـــثال: المـــرحوم الشيخ عيسوى احمد عيسوى: المداينات: مـــرجع ســـبق ذكـــره ص١٣ ومـــا بعدهـــا الشـــيخ احمد أبو الفتح: المعاملات ، مـــرجع ســـبق ذكـــره ص ١١٥ ، الشـــيخ على حسب الله: الولاية على المال ==

الذين كتبوا فى هذا الموضوع أن يذكروا للدين مصادر أو أسباباً ثلاثة هى:

١ – **العقود** : سواء كانت صادرة من جانبين كالبيع، والإجارة، والزواج[١] ، أو كانت صادرة من جانب واحد[٢]، وهو ما يعرف بالتصرف الانفرادى (الإرادة المنفردة) وذلك كالنذر والوصية.

٢ – **الأفعـــال** : ســـواء كانـــت هـــذه الأفعـــال ضارة كالغصب، والإتلاف، والجنايات[٣] ، أو كانت نافعة ، كما لو أنفق شخص عن غيره نفقة واجبة عليه، أو قضى عنه دينا ثابتا فى ذمته ولم ينو التبرع[٤].

٣ – **النصـــوص (الشـــرع)** : وذلك كالنصوص التى توجب الزكاة ونفقة القريب فى ذمة من وجبت عليهم .

كما أن فقهاء القانون المدنى يذكرون للالتزام (الدين) خمسة مصادر هـــى : ١ – العقد. ٢ – الإرادة المنفردة.

٣ – العمل غير المشروع.

٤ – الإثراء بلا سبب. ٥ – القانون[٥].

== والتعامل بالدين، مرجع سبق ذكره ص٩٥.

ومـــع ذلـــك فهـــناك بعـــض الفقهـــاء المحدثين كالعلامة عبد الرزاق السنهورى قد حصـــر مصـــادر الديـــون فـــى الفقـــه الإســـلامى فى خمسة مصادر على نحو ما قـــال بـــه فقهـــاء القـــانون المدنـــى، وهى: ١ – العقد.٢ – الإرادة المنفردة. ٣ – العمل غير المشروع. ٤ – الإثراء بلا سبب (فى بعض الحالات). ٥ – الشـــرع. يـــنظر: مصـــادر الحـــق فـــى الفقه الإسلامى جـــ١، ص١٥ طبعة سنة ١٩٦٧م.

(١) الشـــيخ عيســـوى: المـــرجع والمكـــان الســـابقان، الشـــيخ أحمد أبو الفتح: المرجع والمكان السابقان.

(٢) الشيخ على حسب الله: المرجع والمكان السابقان.

(٣) المراجع السابقة المواضع نفسها.

(٤) هـــذا عـــند المالكـــية والحـــنابلة، يـــنظر لاحقا فى حكم هذه المسألة فقرة ٩٣ وما بعدها من هذه الرسالة.

(٥) يـــنظر: كتـــب مصـــادر الالـــتزام، وعلـــى سبيل المثال: أ.د/ لبيب شنب: دروس فى نظرية الالتزام.

مصادر الالتزام، أ.د/ جميل الشرقاوى: مصادر الالتزام.

وإذا نظرنا إلى هذه المصادر فى كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى، فإننا نجد أن منها ما يعد راجعا إلى عمل الإرادة وهى العقد، والتصرف الانفرادى (الإرادة المنفردة) وهذه سوف نعبر عنها بـ (المصادر الإرادية) ، ومنها ما لا يعد كذلك، وهى بقية المصادر الأخرى، وسوف نعبر عنها بـ (المصادر غير الإرادية).

والدراسة الفقهية المقارنة لهذا الموضوع تحتم أن نلقى – فى هذا المطلب – ولو بصيصاً من ضوء على هذه المصادر فى كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى وذلك فى فرعين :

الفرع الأول: المصادر الإرادية للديون فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى.

الفرع الثانى: المصادر غير الإرادية للديون فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى.

الفرع الأول

المصادر الإرادية للديون فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٧٩ – ويشتمل على غصنين :

الغصن الأول : المصادر الإرادية للديون فى الفقه الإسلامى.

الغصن الثانى : المصادر الإرادية للديون فى القانون المدنى.

* المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الغصن الأول

المصادر الإرادية للديون فى الفقه الإسلامى

٨٠ – التصرف الإرادى إما أن يكون صادرا عن إرادتين متوافقتين على إحداث أثر شرعى وإما أن يكون صادرا عن إرادة واحدة، فإن كان الأول فهو العقد، وإن كان الثانى فهو التصرف الانفرادى أو " الإرادة المنفردة " .

٨١ – **أولا : العقد كمصدر للديون فى الفقه الإسلامى :**

سبق تعريف العقد بأنه: "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه مشروع يظهر أثره فى المحل بما يدل عليه[١] ".

ويعد العقد مصدراً من مصادر الديون فى الفقه الإسلامى ، وذلك كالبيع والقرض والسلم ، والإجارة، والزواج، والطلاق على مال، والكفالة... وغيرها.

ففى عقد البيع يلتزم المشترى بدفع الثمن للبائع، وهذا الثمن يثبت ديناً فى ذمة المشترى[٢] وفى عقد القرض يلتزم المقترض أن يرد للمقرض مبلغاً من النقود أو قدراً من أموال مثليه يكون قد اقترضها منه وتثبت ديناً فى ذمته .

وفى عقد الإجارة يلتزم المستأجر بدفع الأجرة إلى المؤجر، وفى عقد الزواج يلتزم الزوج بدفع المهر للزوجة، وفى الطلاق على مال (الخلع) تلتزم الزوجة بدفع بدل الخلع للزوج وفى عقد الكفالة يلتزم الكفيل بدفع الدين المكفول للمكفول له.

وعلى ذلك : فالعقود السابقة تعد مصدراً للديون، والديون التى تثبت بهذه العقود هى الثمن، وبدل القرض، والأجرة، والمهر، وبدل الخلع، والشئ المكفول [٣] .

---

(١) يراجع آنفا: فقرة ٣٠ من هذه الرسالة.

(٢) أما التزام البائع بتسليم المبيع إلى المشترى فإنه ليس من قبيل الدين، وإنما هو التزام بالعين ، ينظر: أ.د/ عبد الرزاق السنهورى: مصادر الحق جـ١، ص١٥.

(٣) الشيخ أحمد أبو الفتح: كتاب المعاملات ، مرجع سبق ذكره ص١١٥، الشيخ على حسب الله: الولاية على المال والتعامل بالدين ، مرجع سبق ذكره ص ٩٥، د/ محمد نجم الدين الكردى فى رسالته السابقة ص٨٣ الشيخ عيسوى أحمد عيسوى: المداينات ص ١٣، أ.د/ عبد الرزاق السنهورى: مصادر الحق جـ١، ص١٥.

٨٢ - ثانياً التصرف الانفرادى (أو الإرادة المنفردة) كمصدر للديون فى الفقه الإسلامى :

لم يعرف استعمال اصطلاح (الإرادة المنفردة) فى الفقه الإسلامى إلا عند الفقهاء المحدثين ، أما الفقهاء القدامة فلم يستعملوا هذا الاصطلاح وإن كان مدلوله معروفاً فى الفقه الإسلامى منذ نشأته ، كما أن الاستعمال اللغوية لا يمنعه . [١]

وقد عرف التصرف الانفرادى (الإرادة المنفردة) بأنه: " تصرف قولي صادر من شخص واحد يرتب عليه الشارع أثراً شرعيا، ويتم بإرادة المتصرف فقط، ولا يتوقف على قبول الآخر " [٢] .

والتصرف الانفرادى يعد مصدرا للديون فى الفقه الإسلامى[٣] ، وذلك كالهبة والوصية والنذر والتزام المعروف عند المالكية[٤] ، فهذه الأمور

---

(١) أستاذنا الدكتور عبد المجيد محمود مطلوب : نظرية الإدارة المنفردة ، ص ٢٧ وما بعدها بدون بيانات .

(٢) فى هذا المعنى: د/ محمد نجم الدين الكردى فى رسالته السابقة ص ٨٦، وفى المعنى ذاته : أ . د حسين حامد حسان: المدخل لدراسة الفقه الإسلامى، مرجع سبق ذكره ص ٢٣٨، أ.د/ عبد الكريم زيدان: المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية فقرة٣١٢ ص ٢٤٠ وفيه : (إن الإرادة المنفردة هى تصرف يتكون من قول واحد يصدر من طرف واحد وبإرادة واحدة، وينشأ به التزام الإنسان بمجرد إرادته وعبارته، ويتضمن إنشاء حق أو إنهاءه أو إسقاطه، كالوقف والطلاق والإبراء، والتنازل عن حق الشفعة).

(٣) وإذا كان التصرف الانفرادى أو (الإرادة المنفردة) يعد مصدراً للديون فى الفقه الإسلامى إلا أن الفقهاء قد اختلفوا فى مدى كونه كذلك فبعضهم يعده مصدرا عاما للديون ، أما البعض الآخر فلا يرى التصرف الانفرادى مصدرا عاما للديون ، وإنما يرونه ـ فقط ـ مصدراً إجمالا ، وفى بعض الأحوال المنصوص عليها فى الفقه الإسلامى، ينظر فى بيان هذه الآراء وترجيح اعتباره مصدراً عاماً للديون: أستاذنا الدكتور عبد المجيد مطلوب: المرجع السابق ص ٣٣ وما بعدها.

(٤) حيث يرى المالكية أن كل التزام فردى بهبة أو صدقة أو جائزة أو قرض على وجه الصلة وما أشبه ذلك من الوجوه المعروفة بين الناس لازم لصاحبه لا يقبل منه الرجوع عنه، ولصاحب الحق فيه ـ إن كان معيناً ـ أن يخاصمه فيه أمام القضاء فيقضى عليه به، قال الحطاب: (من التزم الإنفاق على شخص مدة معينة، أو مدة حياة المنفق أو المنفق عليه، ===

وأمثالها تعد التزامات فردية تنشأ بإرادة واحدة، وتتعلق بذمة المتصرف لأنه ألزم نفسه بها[١].

الفصل الثانى

المصادر الإرادية للديون فى القانون المدنى

٨٣ – أولاً : العقد كمصدر للديون فى القانون المدنى :

يعد العقد من أهم مصادر الالتزام (الدين) ، وأغلب الالتزامات الإرادية تنشأ فى نطاق العقد، بل إن أكثر حالات الالتزام تترتب على العقود[٢].

وقد ورد النص على أحكام العقد باعتباره مصدرا من مصادر الالتزام فى الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الأول من القسم الأول من القانون المدنى (المواد من ٨٩ إلى ١٦١ مدنى) .

وقد سبق تعريف العقد بأنه: "توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانونى ، سواء أكان هذا الأثر هو إنشاء التزام ، أم نقله ، أم تعديله ،

=== أو حتى يقدم زيد، أو إلى أجل مجهول لزمه ما لم يفلس أو يمت، لأن فى كلام ابن رشد أن المعروف على مذهب مالك وأصحابه لازم لمن أوجبه على نفسه ما لم يفلس أو يمت) ينظر : تحرير الكلام فى مسائل الالتزام، مرجع سابق ذكره جـ١، ص ١٨٢.

(١) والتصرف الانفرادى أو الإرادة المنفردة لها ميدان فسيح، ويترتب عليها آثار مختلفة فى الفقه الإسلامى فهى تكون سببا لاكتساب الملكية كما فى الوصية ،كما يمكن أن تسقط بعض الحقوق الممحضة، كما فى إسقاط الشفعة، كما يمكن أن تصحح عقداً قابلاً للإبطال كما فى إجازة العقد الموقوف، كما تؤدى إلى إنهاء بعض العقود ، كما فى العقود غير اللازمة كالوكالة والعارية والوديعة، إلى غير ذلك ينظر: أ.د/ عبد المجيد مطلوب ، مرجع سبق ذكره ص ٣٠.

(٢) أ.د/ جميل الشرقاوى: مصادر الالتزام، مرجع سبق ذكره فقرة ٦ ص ٣٦، أ.د/ محمد على عمران: مبادئ العلوم القانونية ص ٣٢١ طبعة مطبعة القاهرة الجديدة بدون تاريخ.

أم إنهاءه [1] " .

وعلـــى ذلك فالعقد يعد تصرفاً قانونيا إرادياً ينشأ عن تلاقى إرادتين علـــى إنشاء التزام ، وذلك كعقد البيع الذى يتم بتلاقى إرادة البائع مع إرادة المشـــترى وينشـــأ عنه التزام البائع بتسليم المبيع، والتزام المشترى بالوفاء بالثمـــن، وكعقد الإيجار الذى ينعقد بتلاقى إرادة المؤجر مع إرادة المستأجر ويترتـــب عليه التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالشئ المؤجر، والتزام المستأجر بالوفاء بالأجرة[2] ، وكعقد المقاولة الذى ينعقد بين المقاول ورب العمـــل، ويترتب عليه قيام المقاول بالعمل محل التعاقد كتسليم مبنى أو نحوه ، وقيام رب العمل بدفع الأجر للمقاول[3].

٨٤ – ثانـــيا : التصـــرف الانفـــرادى (الإرادة المـــنفردة) كمصـــدر للديـــون فـــى القانون المـدنى :

تعـــد الإرادة المـــنفردة مصدرا للالتزامات فى القانون المدنى ، وقد ورد الـــنص علـــى الإرادة المنفرة بحسبانها مصدراً للالتزامات فى الفصل الـــثانى مـــن الباب الأول من القسم الأول من القانون المدنى (المادة ١٦٢ مدنى) .

وقـــد عرف فقهاء القانون المدنى الإرادة المنفردة بأنها: اتجاه إرادة شـــخص واحـــد إلى إحداث أثر قانونى، دون حاجة إلى أن تقترن بها إرادة أخرى[4] " .

---

(١) يراجع آنفا فقرة ٣٢ من هذه الرسالة.

(٢) أ.د/ محمـــد لبيـــب شـــنب: دروس فـــى نظـــرية الالتزام: مصادر الالتزام مرجع سبق ذكره فقرة ٨ ص ١٥.

(٣) أ.د/ عـــبد الناصـــر توفـــيق العطـــار: مصـــادر الالتزام مرجع سبق ذكره فقرة ٦ ص١٢.

(٤) أ.د/ عـــبد الناصـــر العطـــار: مصـــادر الالـــتزام فقـــرة ١٠٧ ص ١٨٣، وكذلك: مصـــادر الالـــتزام الإراديـــة فـــى قـــانون المعـــاملات المدنية الإماراتى فقرة ١١٦ ص ٣٦٥ وهو من مطبوعات جامعة الإمارات سنة ١٤١٨هـــ/١٩٩٧م .

فهنا لا توجد إرادتان ، وإنما تلتزم إرادة منفردة بعمل معين، أو بامتناع عن عمل فمن وجه إلى الجمهور وعدا بجائزة يعطيها لمن يقوم بعمل معين، كالعثور على شئ يفقده أو اختراع شئ يطلبه، فإنه يلتزم ـ فى هذه الحالة ـ بإعطاء الجائزة لمن يتم هذا العمل ، فهذا الالتزام مصدره إرادة الواعد المنفردة ، فالإرادة المنفردة على هذا النحو مصدر لبعض الالتزامات[1] .

---

(١) المرجعان السابقان: الموضع نفسه. هذا : والإرادة المنفردة يمكن أن ترتب آثاراً قانونية فى حالات معينة فهى يمكن أن تنشئ حقاً عينياً كما فى الوصية ، كما يمكن أن تنهى حقا عينيا كما فى النزول عن حق ارتفاق أو رهن، أو أن تصحح نهائياً عقداً قابلاً للإبطال كما فى الإجازة، وأن تجعل العقد يسرى فى حق الغير كما فى الإقرار، كما قد تؤدى إلى إنهاء العقود غير اللازمة كعقد الوكالة والعارية والوديعة إلى غير ذلك من الآثار، ينظر:
أ.د/ عبد المنعم فرج الصدة: مرجع سبق ذكره فقرة ٣٨٨ ص ٤١٥ .
أ.د/ محمد لبيب شنب: مرجع سبق ذكره فقرة ٢٦٦ ص ٣١٥، أ.د/ عبد الناصر العطار:المرجع السابق الموضع نفسه .
ومع ذلك : فقد اختلف فى مدى كون الإرادة المنفردة مصدرا للالتزامات ، بحيث يستطيع الشخص أن يلتزم بإرادته المنفردة ، فأنكر البعض بوجه عام صلاحية الإرادة المنفردة كمصدر للالتزامات، بينما اعترف بعض آخر للإرادة المنفردة بالقدرة على إنشاء الالتزامات شأنها فى ذلك شأن العقد، وذهب غالبية الفقه المصرى إلى أن الإرادة المنفردة تعد مصدرا للالتزام ، وإن لم تكن مصدراً عاماً كالعقد بل هى مصدر استثنائى فى حالات معينة ينص عليها القانون، ينظر فى بيان مدى اعتبار الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام: أ.د/ إسماعيل غانم: النظرية العامة للالتزام ـ مصادر الالتزام فقرة ٢٠٧ ص ٣٩٢ وما بعدها طبعة سنة ١٩٦٦م ، ===
=== أ.د/ محمود جمال الدين زكى: الوجيز فى نظرية الالتزام جـ١ فقرة ٢٢٠ ص ٤٢٩، ٤٣٠ سنة ١٩٧٦، أ.د/ لبيب شنب: المرجع السابق فقرة ٢٦٦ ص٣١٥-٣١٦، أ.د/ عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق فقرة ٣٨٩ ص ٤١٦ وما بعدها، أ.د/ جميل الشرقاوى: المرجع السابق فقرة ٩٣ ص ٤٥٧ وما بعدها ، أ.د/ عبد الناصر العطار: مصادر الالتزام فقرة ١٠٨ ص ١٨٥ وما بعدها، ومصادر الالتزام الإرادية فى قانون المعاملات المدنية الإماراتى فقرة ١١٧ ص ٣٦٧ وما بعدها.

٨٥ - **المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى .**

بالنظر إلى موقف كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى من المصادر الإرادية للديون يتضح أنهما متفقان فى هذا الشأن ، إذ يعد العقد أهم مصادر الديون (الالتزامات) فى الفقه الإسلامى وكذا فى القانون المدنى ، كما يعد التصرف الانفرادى (الإرادة المنفردة) مصدراً للديون فى كل منهما .

الفرع الثانى

المصادر غير الإرادية للديون فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٨٦ - المصادر غير الإرادية للدين هى تلك الوقائع التى يترتب على حصولها نشوء دين على عاتق شخص من الأشخاص، دون أن تتجه إرادة هذا المدين أو إرادة الدائن إلى نشوء هذا الدين . (١)

والمصادر غير الإرادية للدين تتمثل فى العمل غير المشروع، والإثراء بلا سبب ، والشرع أو (القانون) .

وعلى ذلك فسوف يشتمل هذا الفرع على غصنين :

الغصن الأول : المصادر غير الإرادية للديون فى الفقه الإسلامى .

الغصن الثانى : المصادر غير الإرادية للديون فى القانون المدنى .

* المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الغصن الأول

المصادر غير الإرادية للديون فى الفقه الإسلامى

٨٧- **أولاً : العمل غير المشروع كمصدر للديون فى الفقه الإسلامى :**

يعد العمل غير المشروع الذى يأتيه الشخص سبباً ومصدراً للدين فى ذمته، فإذا ارتكب شخص جريمة قتل غير عمدية، أو جريمة قتل عمدية وتصالح مع ولى الدم، على أن يدفع له الدية فإن هذه الدية تعد ديناً فى ذمة

---

(١) ينظر أ . د محمد لبيب شنب : مرجع سبق ذكره فقرة ٧ صـ ١٤ .

القاتل لأولياء الدم، ومصدر هذا الدين هو العمل غير المشروع المتمثل فى جريمة القتل هذه ، وكذلك الحال فى الجناية على ما دون النفس[١].

وكذلك إذا أتلف شخص مال الغير ، فإن بدل الشىء المتلف يثبت ديناً فى ذمة المتلف وبالتالى يجب عليه مثله إن كان مثليا، وقيمته إن كان مقوما.

وكذلك الحال إذا تعدى الأمين أو فرط فى المحافظة على ما فى حوزته من أموال الغير كالمودع عنده إذا تعدى على الوديعة أو فرد فى حفظها فتلفت، فإن بدل المتلف يثبت دينا فى ذمة المودع عنده [٢]، وسبب هذا الدين أو مصدره هو العمل غير المشروع المتمثل فى التعدى أو التفريط ، ومثل المودع عنده الأجير الخاص[٣] وغيره من الأمناء .

---

(١) ينظر فى ذلك: بدائع الصنائع: كتاب الجنايات جـ٧، ص٣٥٧ وما بعدها طبعة دار الفكر بيروت الطبعة الأولى سنة ١٤١٧هـ ١٩٩٦م الهداية شرح بداية المبتدى للمرغيناني: كتاب الجنايات جـ٤، ص١٥٨ وما بعدها الناشر المكتبة الإسلامية بدون تاريخ، مواهب الجليل للحطاب: باب أحكام الدماء والقصاص جـ٦، ص٢٣٠ وما بعدها طبعة دار الفكر بدون تاريخ ، مغنى المحتاج: كتاب الجراح وكتاب الديات جـ٤، ص٣ وما بعدها طبعة دار الفكر بيروت سنة ١٤١٥هـ، ١٩٩٥م ، الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف للمرداوى: باب القصاص وما يليه من الأبواب جـ١٠، ص٣ وما بعدها ط دار إحياء التراث العربى، بدون تاريخ.

(٢) الإفصاح عن معان الصحاح لابن هبيرة جـ٢، ص١٨ طبعة دار الكتب العلمية الطبعة الثانية سنة ١٤١٧هـ ، ١٩٩٦م وفيه : (واتفقوا على أن الضمان لا يجب على المودع إلا بالتعدى) وأيضا المغنى لابن قدامة جـ ٩ ص ٢٥٧ طبعة دار هاجر للطباعة ، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٩هـ ١٩٨٩م ، وفيه: (فأما إن تعدى المستودع فيها، أو فرط فى حفظها فتلفت ضمنها بغير خلاف نعلمه، لأنه متلف لمال غيره تضمنه كما لو أتلفه من غير استيداع) .

(٣) المسبوط: للسرخسى جـ١٥، ص ٨٠ وما بعدها طبعة مطبعة السعادة، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ٤، ٢٨، نهاية المحتاج للرملى جـ٤، ص٢٢٥ طبعة الحلبى سنة ١٣٨٦هـ، ١٩٦٧م ، الكافى فى فقه الإمام أحمد جـ٢، ص ٣٢٩.

وكذلك إذا غصب شخص مالا لشخص ، فإنه يجب على الغاصب رد الشئ المغصوب إن كان قائما ، أما إذا هلك، ولو بسبب لا يرجع إلى الغاصب، فإنه يجب عليه أن يرد بدل الشئ المغصوب ، وهو مثله إن كان مثليا وقيمته إن كان مقوما [١] وعلى ذلك فبدل الشئ المغصوب - فى هذه الحالة - يثبت ديناً فى ذمة الغاصب، ومصدر هذا الدين هو العمل غير المشروع المتمثل فى الغصب .

وبالجملة فإن العمل غير المشروع سواء كان جناية، أو إتلافاً أو تعدياً أو تفريطاً، أو غصباً، أو نحو ذلك يعد مصدراً للديون فى الفقه الإسلامى[٢].

٨٨ - ثانياً : مدى اعتبار الإثراء بلا سبب مصدرا للديون فى الفقه الإسلامى:

لم يستخدم فقهاء الشريعة الإسلامية تعبير " الإثراء بلا سبب " ولم يجر على ألسنتهم ، إلا أن معناه مقرر فى أحكام كثيرة من كتب الفقه الإسلامى ، وذلك لأن هذا المبدأ يناسب القاعدة الفقهية العامة التى تقرر أنه " لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعى " .[٣] : كما أنه موافق لمعنى قول الله - تعالى : **﴿ وَلاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾** [٤] ولا شك أن الاكتساب على حساب الغير بلا مبرر شرعى يعد من أشد أنواع

---

(١) الهداية، جـ٤، ص ١١ وما بعدها، البدائع جـ٧، ص٢١٩ وما بعدها، مواهب الجليل جـ٥، ص ٢٧٨ وما بعدها، التاج والإكليل على مختصر خليل جـ ٥ ص ٢٧٨ وما بعدها وهو مطبوع بهامش مواهب الجليل، مغنى المحتاج جـ٢، ص ٣٧٤ وما بعدها، المغنى والشرح الكبير جـ٣، ص٥٣.

(٢) ينظر فى اعتبار العمل غير المشروع مصدراً للديون فى الفقه الإسلامى : الشيخ عيسوى احمد عيسوى: المداينات ص ١٣، الشيخ أحمد أبو الفتح : كتاب المعاملات ص ١١٥-١١٦ الشيخ على حسب الله: الولاية على المال والتعامل بالدين ص ٩٥، أ.د/ السنهورى: مصادر الحق جـ١، ص ٤٦ وما بعدها.

(٣) المادة ٩٧ من مجلة الأحكام العدلية .

(٤) سورة البقرة من الآية رقم ١٨٨

الباطل .[1]

أضــف إلــى ذلك أن الصبغة الدينية والخلفية التى اصطبغ بها الفقه الإسلامى من شأنها أن تملى عليه هذا المبدأ باعتباره من المقتضيات الأولية للعدالة .[2]

وإذا كــان أمــر (الإثــراء بــلا ســبب) فــى الفقــه الإسلامى

---

(1) أ.د صــبحى محمصــانى : الــنظرية العامــة للموجــبات والعقود جـ ١ ، ص ٩٣ ، ٩٤ – بيروت سنة ١٩٤٨م

(2) أ.د صــلاح الديــن الــناهى : الكســب دون ســبب والفضالة كمصدرين للالتزام ص ١٩ وهــو مــن مطــبوعات معهــد الدراســات العربــية العالــية سنة ١٩٥٩م ، وفى المعــنى ذاتــه : خلــيل جــريج : فى النظرية العامة للموجبات فى القانون اللبنانى جـ ١ ص ٣٨٧ ، ٣٨٨ حيــث يقــول ســيادته (فمــا دام أن مــبدأ الإثراء غير المشروع مبــنى أصــلاً علــى العدالــة فمــن الطبيعى أن تأخذ به الشريعة الإسلامية التى قامت علــى فكــرة العــدل والــرحمة ، وليســت القاعدة الكلية القائلة بوجوب إزالة الضرر الأشــد بالضــرر الأخــف ســوى تطبــيق فــرعى لهذه القاعدة الخالدة التى سادت منذ القــدم ، ولا تــزال تــتحكم فــى سن القوانين الحديثة وفى تطور الاجتهاد) وينظر فى نقــل ذلــك عــن ســيادته : أ.د ســليمان مرقس: المرجع السابق هامش ص ٣٣ ومن هــذا الــرأى أيضــا : ســليمان مرقس : المرجع السابق فقرة ١٣ ص ٥٠ ، أ.د جميل الشــرقاوى : الإثــراء بــلا ســبب علــى حساب الغير ص ٥١ ، ٥٢ وهى دروس فى القــانون المدنــى مــع الــتعمق لطلــبة الدراسات العليا – دبلوم القانون الخاص جامعة القاهــرة ســنة ١٩٧١م– ١٩٧٢م ، أ.د ولاء رفعــت : مــبدأ الإثــراء بــلا سبب فى القــانون الدولــى العــام والقــانون المدنــى والمقارن ص ٣٨ وهى رسالة دكتورة من كلية الحقوق – جامعة القاهرة سنة ١٩٧٩م .
ويــنظر فــى عــدم معــرفة الفقــه الغســلامى لقــاعدة الإثراء بلا سبب (إلا أحوال اســتثنائية) : أ.د شــفيق شــحاته : الــنظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية ص ١٨٣ ســنة ١٩٣٦م ، وكذلــك أ.د عــبد الــرزاق السنهورى فى الوسيط : الجزء الأول فقــرة ٧٤٤ ص ١٥٥٥ – الطــبعة الثالــثة ســنة ١٩٨١ وفــيه (وأوســع مــا يعــترف بــه الفقــه الإســلامى فى ذلك هو دفع غير المستحق .... ولا يعترف الفقه الإســلامى بعمــل الفضــولى مصــدراً للالــتزام...... أمــا الإثراء بلا سبب كقاعدة عامــة فــلا يعــترف بهــا الفقــه الإسلامى ...) وينظر أيضا لسيادته : مصادر الحق فــى الفقــه الإســلامى جــــ ١ ، ص ٥٨ وفــيه : (والفقــه الإسلامى ... يعترف بالالــتزام عــن دفــع غــير المســتحق فــى حــدود واسعة ، ولا يعترف بمبدأ الإثراء بــلا ســبب ذاتــه إلا فــى حــدود ضــيقة ، أما الفضولى فإنه يعد متبرعاً لا يرجع بما انفق) .

علـــى هـــذا الـــنحو ، وإذا كـــان أهـــم تطبـــيقات هـــذا المبدأ فى القانون المدنـــى همـــا (قـــبض غـــير المســـتحق) و(الفضـــالة) فإنـــه يتعين بـــيان مـــدى اعتـــبار كـــل مـــنهما مصـــدر للديـــون فى الفقه الإسلامى، وذلك فيما يأتى :

٨٩ – ١ – **مدى اعتبار قبض غير المستحق مصدرا للديون فى الفقه الإسلامى :**

يتضـــح مـــن التطبيقات والحلول الجزائية التى وردت فى كتب الفقه الإســـلامى أن قـــبض غـــير المستحق يعد مصدرا للديون ، وسوف أضرب بعض الأمثلة للتدليل على ذلك :

١ – إذا دفـــع شخص لآخر مالا يظن أنه دين واجب عليه فبان خلافه ، فإن الدافع ـــ والحالة هذه ـــ له أن يرجع على القابض بما أخذه منه بغير حق ، ويكون ذلك ديناً فى ذمة القابض وذلك لأن من أخذ من غيره ما لا حق له فيه وجب عليه رده .[١]

٢ – إذا دفـــع شخص لآخر شيئا ليس واجبا عليه ، فله استرداده إلا إذا دفعه على وجه الهبة .[٢]

٣ – إذا دفع شخص لآخر رشوة ، وجب على القابض أن يرد ما أخذه ، لأن يـــد المرتشى تعد يد ضمان، وإن كانت قد وضعت على المال بإذن مالكه ، وذلـــك لأن الرشوة لما كانت حراماً كان إذن المالك غير معتبر [٣] ، وعلى

---

(١) يـــنظر : شـــرح المجلـــة لســـليم رســـتم باز ، ص ٦٢ ، طبعة سنة ١٤٠٦هـــ – ١٩٨٦م ، وهـــذه القضـــية فـــرع للقـــاعدة الـــتى تقـــرر أنه (لا عبرة بالظن البين خطـــؤه) يـــنظر فـــى شـــرح هـــذه القاعدة وبيان العديد من الفروع عليها : التمهيد فـــى تخـــريج الفـــروع علـــى الأصـــول للإسنوى ص ٦٥ وما بعدها تحقيق محمد حسن هيتو مؤسسة الرسالة – الطبعة الثالثة سنة ١٤٠٤هـــ – ١٩٨٤م .

(٢)غمز العيون والبصائر على الأشباه والنظائر جـــ ١ ، ص ٤٦١

(٣) مجمـــع الضـــمانات ص ٤٥٨ ، وفـــيه : (قـــاض أو غـــيره ، دفـــع إلـــيه سحت لإصـــلاح المهـــم فأصـــلح ثـــم نـــدم ، يـــرد ما دفع إليه) وفيه أيضاً : (أبرأه من الدين ليصلح مهمة عند السلطان لايبرأ وهو رشوة).

ذلك فما أخذه المرتشى يعد قبضا لغير المستحق ، وبالتالى يثبت دينا فى ذمته ، ويجب عليه أداؤه .

٤ – المتعاشقان إذا دفع كل واحد منهما لصاحبة أشياء فهى رشوة لا يثبت الملك فيها ، وللدافع استردادها ،[١] لأن كلا منهما يعد قابضاً لمالا يستحق قبضه ، وبالتالى يثبت دينا فى ذمته ، ويجب عليه آداؤه لصاحبه .

فهذه الأمثلة [٢] – وغيرها كثير – يتضح منها أن قبض غير المستحق يعد مصدراً للديون فى الفقه الإسلامى .

٩٠ – مدى اعتبار الفضالة مصدرا للديون فى الفقه الإسلامى : الفضالة فى لغة العرب مشتقة من الفضل ، وهو الزيادة ، وتجمع على فضول وقد استعمل الجمع استعمال المفرد فيما لا خير فيه ، فسمى فضولا ، ونسب إليه فقيل " فضولى " لمن يشتغل بما لا يعنيه ، واشتق منه " فضالة " مثل جهالة وضلالة . [٣]

ومعنى الفضالة فى اصطلاح الفقهاء لا يختلف عن معناها فى اللغة ، فالفقهاء يطلقون لفظ الفضولى على : " من يتصرف فى حق غيره بدون إذن

---

(١) المرجع السابق : الموضع نفسه ، حيث لا يكفى لصحة القبض أن يكون له سبب ، بل يجب أن يكون هذا السبب صحيحاً شرعاً ، فإذا كان القبض مستندا إلى سبب غير صحيح كما فى الرشوة ، والمعاشرة المحرمة ، فلا يكون هذا القبض صحيحا ، وبالتالى يجب على القابض رد ما قبضه ، عملا بالقاعدة التى معنا ، ينظر قرب ذلك : صبحى محمصانى : النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية جـ ١ ، ص ٩٥ .

(٢) ينظر تعداداً لهذه الأمثلة وغيرها : الشيخ على الخفيف : الضمان فى الفقه الإسلامى ص ١٧٣ ، أ.د عبد الرزاق السنهورى : مصادر الحق فى الفقه الإسلامى جـ ١ ، ٥٨ ، ٥٩ أ.د سليمان مرقس : مرجع سبق ذكره : فقرة ٤٢ ص ١٥٨ وما بعدها .

(٣) المصباح المنير جـ ٢ ، ص ٤٧٥ طبعة المكتبة العلمية – بيروت – بدون تاريخ .

شرعى [1] ، وذلك كمن يبيع ملك غيره من غير إذن منه ، أو ولاية عليه ، أو يرهـنه ، أو يؤجـره ، أو يزوج غيره بدون إذن منه ، أو يطلق زوجته كذلك ، فهذا التصرف منه يعد فضالة ، وهو فيه فضولى .[2]

٩١ – أما بالنسبة لمدى اعتبار عمل الفضولى مصدراً للديون من عدمه فى الفقه الإسلامى ، فقد اختلف الفقهاء فى ذلك على رأيين :

٩٢ – **الـرأى الأول** : وهو للحنفية [3] والشافعية [4] ، ويرون أن الفضالة لا تعد مصدراً للديون وحجتهم فى ذلك : أن من أدى عن غيره واجبا عليه من دين ، أو نفقة على قريب ، أو زوجة من غير إذنه ، فهو إما فضولى ، وهو جدير بأن يفـوت علـيه ما فوته على نفسه، أو متفضل فعوضه على الله دون من تفضل عليه ، فلا يستحق مطالبته .

وعلـى ذلك إذا كانت هناك وديعة عند شخص فأنفق عليها دون إذن صـاحبها أو إذن الحاكم ، فإنه لا يرجع على صاحبها بشئ مما أنفق ، لأنه يعد بإنفاقه هذا – متبرعا.

وهـذا مـا جرت عليه مجلة الأحكام العدلية ، حيث جاء فى المادة ٧٨٦ " ... إذا أنفـق علـيها – أى الوديعة – بدون إذن الحاكم ، فليس لـه مطالبة صاحبها بما أنفقه عليها ... ".

---

(١) حاشـية رد المحـتار لابـن عابديـن جـ ٥ ص ١٠٦ طبعة مصطفى الحلبى - الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ – ١٩٦٦م .

(٢) الأسـتاذ الشـيخ محمـد مصـطفى شـلبى : فـى المدخل ص ٤٨٩ ، أ.د حسين حـامد حسـان : مـرجع سـبق ذكـره ص ٣٩٣ أ.د يوسـف قاسم: مبادئ الفقه الإسلامى ص ٣٨٢ الناشر : دار النهضة العربية سنة ١٤١٧ هـ – ١٩٩٧م

(٣) المبسـوط للسرخسـى جـ ١١ ، ص ١٢٦ ، درر الحكـام شرح مجلة الأحكام جـ ٢ ، ص ٢٥٢ .

(٤) الإشـراف علـى مذاهـب أهـل العلم لابن المنذر جـ ١ ، ص ٢٦٢ طبعة قطر سـنة ١٤٠٦هـ فـتح العزيـز شرح الوجيز للرافعى جـ ١٠ ، ص ٣٨٨ طبعة دار الفكـر ، نهايـة المحـتاج جـ ٤ ، ص ٤٤٨ طبعة الحلبى سنة ١٣٥٧ هـ - ١٩٣٨م

وهو ما جرى عليه ــ أيضا ــ صاحب مرشد الحيران ، حيث نصت المادة ٢٠٥ على أنه : " إذا قضى أحد دين غيره ، بلا أمره سقط الدين عن المديــون ، ســواء قبل أو لم يقبل ، ويكون الدافع متبرعا لا رجوع له على المديــون بشيء مما دفعه بلا أمره ، ولا رجوع له على رب الدين القابض لاسترداد ما دفعه إليه " .

٩٣ - الــرأى الثانى : وهو للمالكية [١] والحنابلة [٢] ويرون أن الفضالة تعد مصـــدراً للديون ، فمن أنفق عن غيره نفقه واجبة عليه ، أو قضى عنه ديناً ثابــتاً فى ذمته ،ولم ينو المنفق بذلك التبرع ،فإن ما دفعه يكون ديناً ثابتاً فى ذمة المنفق عنه .

قال ابن عبد البر [٣] فى الوديعة من الكافى : " وما أنفق المودَع على

---

(١) المدونــة الكــبرى – روايــة ســحنون عــن ابن القاسم جــ ١٥ ص ١٥٧ مطبعة السـعادة سـنة ١٣٢٣هــــ شــرح الخرشى على مختصر خليل :كتاب الجعالة جــ ٧ ، ص ٦٤ ، مــنح الجلــيل للشــيخ علــيش جـــ ٤ ، ص ١٢٩ طــبعة مكتبة النجاح بليبيا .

(٢) مجمـوع فـتاوى شـيخ الإسـلام ابـن تيمـية جـــ ٢٠ ص ٥٦٠ الناشر : دار الـتقوى للنشـر والـتوزيع بـدون تـاريخ ــ إعلام الموقعين لابن القيم جــ ٢ ، ص ٤١٤ – ٤٢٠ الناشـر : مكتـبة الكلـيات الأزهـرية سـنة ١٣٨٨هــ القياس لابـن تيمـية ص ٣٨ ومـا بعدهـا طبعة المطبعة السلفية بالقاهرة – الطبعة الثالثة سـنة ١٣٨٥ هـــ ، القواعـد لابـن رجب ص ١٣٠ وما بعدها طبعة دار الكتب العلمـية ، وأيضـا : المـادة ١٣٣٥ مـن مجلـة الأحكـام الشـرعية على مذهب الإمام أحمد .

(٣) ابـن عـبد الـبر : هـو الإمـام يوسـف بـن عبد الله بن محمد عبد البر النمرى القرطـبى ، أبـو عمـر شـيخ علمـاء الأندلـس ، وكبير محدثيها ، لـه مؤلفات كثـيرة وجلـيلة مـنها : (التمهـيد) و (الاستذكار) و (الكافى) وغيرها كثير ، توفـى سـنة ٤٦٣هـــ يـنظر : الديـباج المذهـب لابن فرحون طبعة دار الكتب العلمـية بـيروت ط الأولـى سـنة ١٤١٧هـــ ١٩٩٦م ، وفـيات الأعـيان لابن خلكـان جــ ٧ ، ص ٦٦ تحقـيق: د إحسـان عـباس طـبعة دار صادر بيروت ١٩٧٠ م ، شجرة النور الزكية : ص ١١٩ .

الوديعة فعلى ربها، سواء أذن له ، أولم يأذن له ، إذا احتاجت إلى ذلك " [1].

وجـــاء فـــى بـــاب اللقطة من " منح الجليل " وإن أنفق الملتقط على اللقطـــة نفقـــة خـــير ربهـــا بين فكها بدفع عوض النفقة للملتقط ، وإسلامها لملتقطها فى النفقة التى أنفقها عليها " [2].

وجـــاء فـــى قواعد ابن رجب [3] : " إذا قضى عنه ديناً واجباً بغير إذنـــه ، فإنه يرجع به عليه ... ولو أنفق على عبده الآبق فى حال رده إليه ، فإنـــه يرجع بما أنفق ...ولو اشترى أسيراً مسلماً حراً من أهل دار الحرب ، ثم أطلقه أو أخرجه إلى دار الإسلام ، فله الرجوع عليه بما اشتراه به ، سواء أذن له أو لـــم يأذن ، لأن الأسير يجب عليه افتداء نفسه ليتخلص من الأسر فإذا فداه غيره ، فقد أدى عنه واجبا يرجع به عليه " [4].

وجـــاء فى كتاب القواعد ــ أيضا ــ : " نفقة الرقيق ، والزوجات ، والأقـــارب ، والبهائم إذا امتنع من يجب عليه النفقة، فأنفق عليها غيره بنية الرجوع ، فله الرجوع كقضاء الديون" [5].

ويمكـــن تطبيق ذلك على من عالج مريضاً ، أو علم جاهلاً إذا كان محترفاً للطب أو التعليم[6].

---

(١) ص ٤٠٤ طـــبعة دار الكتـــب العلمـــية – بـــيروت – الطبعة الثانية سنة ١٤١٣هـــ ١٩٩٢م ،

(٢) جـــ ٤ ، ص ١٢٩ .

(٣) ابـــن رجـــب : هـــو عـــبد الرحمـــن بـــن أحمـــد بن رجب السلامى البغدادى ، ثم الدمشـــقى ، أبـــو الفـــرج زيـــن الديـــن الشهير بابن رجب ، ولد ونشأ فى بغداد ، وكـــان مـــن أكابـــر الحـــنابلة فى عصره لـــه كتب كثيرة منها : (القواعد) و(شرح لجـــامع الـــترمذى) وغـــيرها كثـــير – توفـــى ٧٩٥ هـــ ، ينظر : شذرات المذهب لابـــن العمـــاد جـــــ ٦ ، ص ٣٣٩ طـــبعة دار الفكر بدون تاريخ ، الأعلام جـــ ٣ ، ص ٢٩٥ .

(٤) ص ١٣٠ طبعة دار الكتب العليمة .

(٥) ص ١٣١ .

(٦) فضيلة الأستاذ الشيخ على حسب الله : مرجع سبق ذكره ص ١٠١.

وقد نصر العلامة ابن القيم [1] هذا الرأى فقال فى إعلام الموقعين :

" ومما يدل على أن من أدى عن غيره واجباً أن يرجع عليه به قوله تعالى : ﴿ هَلْ جَزَاءُ الإِحْسَانِ إِلاَّ الإِحْسَانُ ﴾ [2] وليس من جزاء هذا المحسن بتخليص من أحسن إليه بأداء دينه ، وفك أسره منه ، وحل وثاقه أن يضيع عليه معروفه وإحسانه ، وأن يكون جزاؤه منه بإضاعة ما له ، ومكافأته عليه بالإساءة وقد قال النبى ـ ﷺ ـ " من أسدى إليكم معروفا فكافئوه" [3] .

وأى معروف فوق الذى افتك أخاه من أسر الدين ؟ وأى مكافأة أقبح من أضاعه ماله عليه ، وذهابه ؟! ، وإذا كانت الهدية التى هى تبرع محض قد شرعت المكافأة عليها ، وهى من أخلاق المؤمنين ، فكيف يشرع جواز ترك المكافآت على ما هو أعظم من المعروف ...... " [4] .

٩٤ – الترجيح :

بعد عرض آراء الفقهاء فى هذه المسألة أرى ـ والله أعلم بالصواب

---

(١) ابن القيم : هو الإمام محمد بن أبى بكر بن أيوب بن سعد الزرعى ، شمس الدين ، من أهل دمشق ، ومن أركان الإصلاح الإسلامى ، وأحد كبار أئمة الحنابلة ، تتلمذ على الإمام ابن تيمية ، وانتصر له وسجن معه ، توفى ـ رحمه الله ـ سنة ٧٥١ هـ . ينظر : الدرر الكامنة فى أعيان المائة الثامنة لابن حجر جـ ٣ ص ٤٠٠ طبعة دار الجيل ـ بيروت سنة ١٤١٤هـ ١٩٩٣م ، الأعلام للزركلى جـ ٦ ص ٢٨١ طبعة دار العلم للملايين ـ بيروت الطبعة التاسعة ١٩٩٠م .

(٢) سورة الرحمن الآية رقم ٦٠ .

(٣) الحديث أخرجه الإمام أحمد وأبو داود والنسائى والحاكم ، بلفظ : (... ومن أتى إليكم معروفاً فكافئوه ...) وقال الحاكم : هذا حديث صحيح الإسناد على شرط الشيخين ولم يخرجاه للخلاف الذى بين أصحاب الأعمش ينظر : مسند أحمد جـ ٥ ، ص ٢٢٤ رقم ٥٧٤٣ ، سنن أبى داود : كتاب الأدب ـ باب فى الرجل يستعيذ من الرجل جـ ٤ / ص ٣٣١ حديث رقم ٥١٠٨ ، سنن النسائى – كتاب الزكاة باب ٧٤ من سأل بالله جـ ٢ ، ص ٤٣ حديث رقم ٢٣٤٨ ، مستدرك الحاكم ، جـ ٣ ص ٧٤ .

(٤) جـ ٢ ، ص ٤١٩ .

– أن الـــرأى الـــراجح هو الرأى الثانى الذى يرى أن الفضالة تعد مصدرا للديون ، وذلك لأنه هو الذى يتناسب مع قواعد العدالة ، ولأن من يؤدى عن غيره واجبا يعد محسناً ، ولا يصح أن يجازى المحسن بضياع ماله ومكافأة إحسانه بالإساءة ، وإنما الإحسان ينبغى أن يجازى بالإحسان[١] مصداقاً لقول الله – تعـــالى ﴿ هَــلْ جَــزَاءُ الإِحْسَانِ إِلاَّ الإِحْسَانُ ﴾ [٢] ، وعلى ذلك فمن اشترى أسيراً حراً من أهل دار الحرب ثم أطلقه فله الرجوع عليه بما اشتراه بـــــه[٣] ، ومـــن أنفق على أهل شخص أو بهائمه بنية الرجوع فله الرجوع علـــى هذا الشخص [٤] ، ويمكن أن يطبق ذلك – كما سبق القول – على من عالج مريضاً ، أو علم جاهلاً إذا كان محترفا للطب أو التعليم . [٥]

٩٥ – ثـالثـاً : الشـرع كمصـدر مباشـر للديـون :

يعد الشرع فى الفقه الإسلامى مصدراً مباشراً لبعض الديون ، بشرط أن يـتحقق مـــا جعله الشارع مناطاً لثبوتها، وذلك كنفقة الزوجات والأقارب بشـــرط احتـــباس الـــزوجة فـــى نفقة الزوجية[٦] ، وحاجة القريب فى نفقة الأقـــارب[٧] فـــإذا تحقـــق هذا السبب وجب الدين فى ذمة من قضى الشارع

---

(١) إعلام الموقعين ، جـ ٢ ص ٢١٩ .

(٢) سورة الرحمن الآية رقم ٦٠ .

(٣) القواعد لابن رجب ، ص ١٣٠ .

(٤) المرجع السابق ص ١٣١ .

(٥) فضيلة الأستاذ الشيخ / على حسب الله ، مرجع سبق ذكره ص ١٠١ .

(٦) العـناية علـــى الهدايـــة للـــبابرتى جـ٤، ص١٩٣ وهو مطبوع بهامش شرح فتح القديـــر للكـــامل بـــن الهمـــام، والشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقى عليه جـ٢ ، ص٥٠٨، الإقـــناع فـــى حـــال ألفـــاظ أبى الشجاع للخطيب الشربينى جـ٢، ص ٢٦٢ طـــبعة ســـنة ١٢٩١هـــ، العـــدة شـــرح العمـــدة لـــبهاء الدين عبد الرحمن المقدســـى جــــ٢، ص٥٧٤ طـــبعة مؤسســـة قرطـــبة ،الطبعة الأولى ١٤١٢هـــ ، ١٩٩٢م .

(٧) شـــرح فـــتح القديـــر للكمـــال ابن الهمام جـ٤، ص٢٢٠٢، الشرح الكبير للدردير جــــ٢، ص ٥٢٢ الإقـــناع فـــى حـــل ألفـــاظ أبـــى الشجاع جـ٢، ص٢٥٨ وما بعدها، العدة شرح العمدة جـ٢، ص٦٥٥.

بإلزامه به [1].

الفصل الثانى

المصادر غير الإرادية للديون فى القانون المدنى

96 – **أولاً : العمل غير المشروع كمصدر للديون فى القانون المدنى** : يعد العمل غير المشروع أو الفعل الضار مصدراً هاماً من مصادر الالتزام لا تقل أهميته فى الوقت الحاضر عن العقد[2].

وقد نظم القانون المدنى المصرى أحكام العمل غير المشروع فى الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول من القسم الأول من القانون المدنى (المواد من ١٦٣ إلى ١٧٨ مدنى).

والعمل غير المشروع هو كل عمل يصيب الغير ويسبب ضررا له فينشا فى ذمة فاعله التزام بالتعويض[3].

فمن أصاب شخصاً فى جسمه أو ماله، أو نحو ذلك ، فإن القانون يوجب على من تسبب فى إحداث هذا الضرر أن يعوض الشخص المضرور، وذلك إذا ما كانت هناك علاقة سببية بين خطئه والضرر الذى أصاب هذا الشخص، عملا بنص المادة ١٦٣ مدنى التى تنص على أن "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض" .

وعلى ذلك يشترط لقيام مسئولية الشخص عن عمله غير المشروع أن تتوافر ثلاثة أركان :

١ – الخطأ.　　　٢ – الضرر.

---

(١) أ.د/ عبد الرزاق السنهورى: مصادر الحق فى الفقه الإسلامى جـ١، ص١١ ، الشيخ على الخفيف: الضمان فى الفقه الإسلامى: ص ١١، الشيخ على حسب الله: مرجع سبق ذكره ص٩٥.

(٢) أ.د/ محمد على عمران: مرجع سابق ذكره ص ٣٧٩.

(٣) قرب ذلك: أ.د/ محمد لبيب شنب: مرجع سبق ذكره، فقرة ٧ ص ١٤.

٣ – علاقة السببية بين الخطأ و الضرر[١].

فإذا ما توافرت هذه الأركان تحققت مسئولية الشخص عن عمله غير المشروع، ويترتب على تحقق هذه المسئولية أن ينشأ التزام[٢] على عاتق المسئول يتمثل فى تعويض الضرر الذى أصابه المضرور[٣]، و على ذلك فالتعويض يعد دينا فى ذمة المسئول عنه، ومصدره هو العمل غير المشروع.

٩٧ – **ثانياً :الإثراء بلا سبب كمصدر للديون فى القانون المدنى**: يعد الإثراء بلا سبب مصدراً عاماً من مصادر الالتزام فى القانون المدنى ، وقد ورد النص عليه فى الفصل الرابع من الباب الأول من الكتاب الأول من القسم الأول منه، فى المواد (من ١٧٩ إلى ١٨٧ مدنى)، ويسمى هذا المصدر – أيضا – "بالعمل النافع".

وينشأ الالتزام وفقا لمبدأ "الإثراء بلا سبب" بناء على واقعة ، هى واقعة إثراء شخص دون سبب مشروع إثراء يؤدى إلى افتقار غيره فيقال: إنه أثرى على حساب غيره وهذه الواقعة تتحقق بصرف النظر عن الإرادة

---

(١) ينظر فى تفصيل هذه الأركان: أ.د/ عبد الحى حجازى فقرة ٦٥١ وما بعدها ص ٣٤ وما بعدها أ.د/ عبد المنعم فرج الصدة: فقرة ٤١٥ وما بعدها ص ٤٤٩ وما بعدها، أ.د/ جميل الشرقاوى: فقرة ١٠٤ وما بعدها ص ٥٠٧ وما بعدها، أ.د/ لبيب شنب فقرة ١٣ وما بعدها ص ٣٤٢ وما بعدها، أ.د/ محمد على عمران ص ٣٨٧ وما بعدها.

(٢) ويطلق على هذا الالتزام الناشئ عن هذا المصدر اصطلاح (المسئولية التقصيرية) ويسمى المدين بالتزام ناشئ عن عمل غير مشروع (المسئول) ، وعلى ذلك فإن اصطلاح (العمل غير المشروع) يترادف من حيث المعنى مع اصطلاح (المسئولية التقصيرية) غاية الأمر أننا إذا استعملنا اصطلاح (العمل غير المشروع) فإن ذلك يكون بالنظر إلى المصدر الذى أنشأ الالتزام ذاته ، أما إذا استعملنا اصطلاح المسئولية التقصيرية فإن ذلك يكون بالنظر إلى الأثر المترتب ، وهو الالتزام ذاته . ينظر: أ.د محمد لبيب شنب فقرة ١، ص ٣٢٢.

(٣) المرجع السابق: فقرة ٩٦ ص ٤٣٠

لذلــك يعــد الإثراء على حساب الغير بلا سبب من المصادر غير الإرادية للالتزام[1].

وهذا يعنى أن كل من تلقى فى ذمته مالاً نتيجة افتقار شخص آخر، ودون توافر سبب قانونى يبرر الإثراء أو الافتقار يلتزم بأن يرد إلى المفتقر مـــا لحقه من خسارة بشرط ألا يزيد عن مقدار ما أثرى به، أى أن المثرى يلتزم بالرد في حدود الأقل من قيمتى الإثراء والافتقار[2] ، وهذا هو مقتضى نص المادة ١٧٩ من القانون المدني التى تنص على أن "كل شخص ولو غير مميز يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر، يلتزم فى حدود ما أثــرى بـــه بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة، ويبقى هذا الالتزام قائما ولو زال الإثراء فيما بعد ".

والصـــور العملـــية لإثراء شخص بلا حق على حساب الغير صور كثـــيرة ، من ذلك : أن من انتفع بشئ مملوك لغيره دون أن يكون هناك عقد بينهما يخول له هذا الانتفاع ، كإيجار ، أو عارية فإنه يلتزم بدفع مقابل لهذا الانتفاع، ومن قام بسداد دين عن غيره فإن المدين الأصلى يلتزم أن يرد إليه مـــا دفعـــه تحقيقاً للعدالة، ومن قام بإصلاح منزل جاره الآيل للسقوط أثناء غيابه مثلاً، فإن صاحب المنزل يلتزم بتعويضه عما تكبده فى هذا الإصلاح تحقيقا للعدالة[3] ، وغير ذلك كثير.

فصاحب الشئ فى المثال الأول، والمدين الأصلى فى المثال الثانى، وصـــاحب المـــنزل الآيل للسقوط فى المثال الثالث يعد كل واحد منهم مثرياً علـــى حساب الغير، وبالتالى يلتزم بأن يرد هذا الإثراء إلى من كان افتقاره

---

(١) أ.د/ محمـــد لبيـــب شـــنب: المـــرجع السابق فقرة ١٧٠ ص ٤٤٠، أ.د/ عبد المنعم فرج الصدة: المرجع السابق فقرة ٥٣٧ ص ٥٨٥، ٥٨٦.

(٢) أ.د/ جميل الشرقاوى: المرجع السابق فقرة ١٢٤، ص ٥٧٩

(٣) أســـتاذنا الدكـــتور حســـام الأهوانـــى ، وأ.د حمـــدى عبد الرحمن: أصول القانون فقـــرة ١٦٣ ص ٨٤٦ ســـنة ١٩٩٦مـــم، أ.د/ جمـــيل الشـــرقاوى: المرجع والمكان السابقان.

سببا فى حدوثه [١].

ويشترط لقيام الالتزام برد الإثراء أركان ثلاثة:

١ – إثراء المدعى عليه.

٢ – افتقار المدعى افتقارا أدى إلى إثراء المدعى عليه.

٣ – انعدام السبب المشروع المسوغ للإثراء أو الافتقار.

ويترتب على توافر هذه الأركان نشوء التزام فى ذمة المثرى برد ما أثرى به لأن ما حصله من إثراء ليس له سبب يبرر الاحتفاظ به[٢].

وأهم تطبيقات الإثراء بلا سبب تطبيقان هامان نص عليهما القانون المدنى ، هما قبض غير المستحق، والفضالة، وسوف نلقى بعض الضوء على كل منهما :

٩٨ – ١ – **قبض غير المستحق**[٣] : وقد نظم القانون المدنى أحكامه فى المواد من ١٨١: ١٨٧ مدنى وهو أن يقوم شخص بالوفاء بدين غير مستحق ، فيلزم من استوفى الدين برد ما استوفاه دون حق ، باعتباره أثرى على

---

(١) أ.د/ جميل الشرقاوى: المرجع السابق فقرة ١٢٤، ص٥٨٠.

(٢) أ.د/ سليمان مرقس: الوافى فى شرح القانون المدنى٢ فى الالتزامات المجلد الثالث: الإثراء على حساب الغير فقرة ٢١ وما بعدها ض ٦٩ وما بعدها، الطبعة الثالثة سنة ١٩٩٠م.

(٣) ويلاحظ أن القانون المدنى قد عنون هذا الفرع بعنوان (دفع غير المستحق)، ولكن يلاحظ على هذا العنوان أنه ينطوى على شئ من التجاوز ، لأنه وارد ضمن الفصل الرابع الذى يتناول الإثراء بلا سبب كمصدر للالتزام ، ولأن الالتزام إنما ينشأ فى حالة (دفع غير المستحق) فى ذمة من قبض غير المستحق لا فى ذمة من دفعه وبعبارة أخرى فإن مصدر الالتزام هو قبض غير المستحق لا دفع غير المستحق، وقد صدر المشرع المدنى نص المادة ١/١٨١ بعبارة: (كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليه رده) لذلك كان من الأدق أن يجعل عنوان هذا الفرع هو (قبض غير المستحق) ينظر: أ.د/ سليمان مرقس: المرجع السابق فقرة ٤٣ ص ١٥٥، أ.د/ ثروت حبيب: نظرات فى دفع غير المستحق ص ٥ وهو بحث منشور فى مجلة القانون والاقتصاد العدد الأول السنة ٣٥.

حساب الموفى دون سبب[١].

وذلــك كما لو طالب شخص وارثا بدين على مورثه، فدفعه الوارث إلـيه، ثـم تبيـن أن مورثــه قد قام بسداد الدين، ففى هذه الحالة يكون هذا الشخص قد قبض غير المستحق، ويجب عليه رده[٢] ، وكما لو اعتقد شخص أن وكـيله كان قد اقترض مبلغا من النقود من شخص آخر لحساب الموكل ولـم يف به، فقام الموكل بوفائه ، ثم تبين بعد ذلك أن هذا القرض لم يتم ، ففـى هـذه الحالة يكون الشخص الموفى إليه قد قبض غير المستحق لــه، وبالتالى يجب عليه رده[٣] ، وكما لو دفع شخص تعويضا عن ضرر يظن أنه مسئول عنه، ثم تبين أن مسئوليته غير متحققة، أو كان على شخص دين فدفع أكــثر مما هو واجب عليه، أو تقاضت مصلحة الضرائب من أحد الممولين ضريبة غير واجبة، أو أكثر مما يجب [٤] ، ففى هذه الأحوال وأمثالها يلتزم مــن قـبض غـير المستحق برد ما قبضه دون وجه حق، غير أنه يشترط لالتزامه هذا أن تتوافر ثلاثة شروط:

١ – أن يكون القبض على سبيل الوفاء.

٢ – أن يكون الموفى به غير مستحق للموفى له وقت الوفاء .

٣ – ألا يكــون الموفــى قد قصد بالوفاء التبرع فى الحالات التى يصح فيها ذلك [٥].

فإذا توافرت هذه الشروط التزم القابض برد ما تسلمه إذا كان حسن النــية، أمــا إذا كان سيئ النية فإنه يلتزم ــ علا ة على ذلك ــ برد الفوائد

---

(١) أ.د/ عبد الناصر العطار: المرجع السابق فقرة ١١٩ ص ٢١٣.

(٢) أ.د/ عــبد المــنعم فــرج الصــدة: المــرجع الســابق فقرة ٥٦١ ص ٦٠٦، أ.د/ محمد لبيب شنب: المرجع السابق: فقرة ١٨٣ ص ٤٥٠.

(٣) أ.د محمد لبيب شنب: المرجع السابق فقرة ١٨٣ ص ٤٥٠.

(٤) أ.د/ عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق فقرة ٥٦١، ص ٦٠٥.

(٥) أ.د/ سـليمان مـرقس : المـرجع السـابق فقـرة ٤٤ ومـا بعدهـا ص ٦٠ وما بعدها.

والأربـــاح الـــتى جناها أو التى قصر فى جنيها من الشيء الذى تسلمه بغير حق، وذلك من يوم الوفاء أو من يوم الذى أصبح فيه سيى النية[1].

٩٩ - ٢ - **الفضـالة** . نظم المشرع الوضعى أحكام الفضالة فى المواد من ١٨٨: ١٩٧ مـــن القانون المدنى المصرى، وقد عرفتها المادة ١٨٨ بقولها: " الفضالة هى أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكـــون ملـــزماً بذلـــك " وعلى ذلك فالفضالة تعنى قيام شخص بأعمال عاجلة، وضـــرورية لحســـاب ومصلحة شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك، فيرتب القـــانون على عاتق من تمت لحسابه الأعمال (رب العمل) تعويض من قام بها (الفضولى) عما تكلفه فى ذلك[2] .

ويفهـــم من نص المادة ١٨٨ سالفة الذكر أن شروط اعتبار الشخص فـــيما يقـــوم بـــه من أعمال لمصلحة الغير فضوليا، وبالتالى نشوء حقه فى مطالـــبة مـــن تمت الأعمال لحسابه بأداء ما تكلفته هذه الأعمال وفقا لأحكام الفضالة الشروط الآتية:

١- أن يقوم الفضولى بشأن عاجل لرب العمل .

٢ - أن يقصد من وراء قيامه بالعمل تحقيق مصلحة لرب العمل .

٣- أن يكون الفضولى غير ملزم بما قام به .[3]

والأمثلة العملية للفضالة كثيرة ، وذلك كأن يقوم شخص بإقامة جدار

---

(١) المادة ١٨٥ مدنى.

(٢) أ.د/ عـــبد المـــنعم فـــرج الصـــدة: المرجع السابق فقرة ٥٧٧ ص ٦١٩-٦٢٠ أ.د جمـــيل الشـــرقاوى المـــرجع الســـابق فقرة ١٣١ ص ٦٠٢، أ.د/ محمد لبيب شنب فقـــرة ١٩٥ ص ٤٥٧، أ.د/ ســـليمان مـــرقس : المـــرجع الســـابق فقـــرة ٧٩ ، ص ٢٤٩

(٣) أ.د عـــبد المـــنعم فـــرج الصـــدة المرجع السابق فقرة ٥٧٨ ص ٦٣١ وما بعدها . أ.د جمـــيل الشـــرقاوى المـــرجع الســـابق فقـــره ١٣١ ص ٦٠٣ . أ.د محمد لبيب شنب المرجع السابق فقرة ١٩٦ ص ٤٥٨ .

يوشك أن يسقط فى بيت جاره الغائب [١] ، او ان يبادر إلى إسعاف ابن هذا الجـار مـن إصابة مفاجئة[٢] أو أن يوفى الضرائب عنه توقياً للحجز على أموالـه ، أو أن يجـنى محصوله خشية تلفه ، أو أن يطفئ حريقاً شب فى منزله [٣] وغير ذلك كثير .

١٠٠ – ثالثاً القانون كمصدر مباشر للديون : يعد القانون مصدراً مباشرا لـبعض الالتزامات عملا بنص المادة ١٩٨ من القانون المدنى، والتى تنص على أن :

" الالـتزامات التى تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسرى عليها النصوص القانونية التى أنشأتها ".

ومـن هـذه الالـتزامات: التزامات الأسرة، كالالتزام بالنفقة [٤] ، والـتزامات الجـوار، كالامتـناع عن إحداث مضار فاحشة تجاوز المضار المألوفـة [٥].

١٠١ – المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى :

بعد عرض المصادر غير الإرادية للديون فى كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى يتضح اتفاقهما فى أغلب جزئيات الموضوع ويتضح ذلك مما يأتـي :

١- إن كـلاً من الفقه الإسلامى والقانون المدنى يجعل العمل غير المشروع

---

(١) أ.د عـبد المـنعم فـرج الصـدة : المـرجع السـابق فقرة ٥٧٧ ص ٦٢٠ ، أ.د جمـيل الشـرقاوى : المـرجع السـابق فقـرة ١٣١ ص ٦٠٤ ، أ.د محمـد لبيب شنب : المرجع السابق فقرة ١٩٥ ص ٤٥٧ .

(٢) أ.د عبد المنعم فرج الصدة : المرجع والمكان السابقان .

(٣) أ.د جميل الشرقاوى : المرجع والمكان السابقان

(٤) أ.د/ عـبد المـنعم فـرج الصـدة: المـرجع السـابق فقرة ٦٠٥ ص ٦٤٣، أ.د/ جمـيل الشـرقاوى: فقـرة ١٣٤ ص ٦٢١، أ.د/ محمـد إبراهيم دسوقى فقرة ٣٢١ ص٥٢٦.

(٥) المراجع السابقة: المواضع نفسها.

مصـــدرا من مصادر الديون ، فمن أصاب شخصا فى جسمه أو ماله أو نحــوه ذلك فإن كلاً من الفقه الإسلامى والقانون المدنى يوجب على من تسـبب فـى إحداث هذا الضرر أن يعوض الشخص المضرور ، وهذا الـتعويض يثبت ديناً فى ذمة المسئول عنه ، ومصدر هذا الدين وسببه هو العمل غير المشروع .

٢- إن كـلاً منهما يجعل الإثراء بلا سبب مصدرا للديون ، وإن كان تعبير الإثــراء بلا سبب لم يستخدم لدى فقهاء الشريعة الإسلامية القدامة ، إلا أن معـناه – كمـا سـبق القول – مقرر فى أحكام كثيرة ، إذ الأخذ به مناسب للنصوص الشرعية ، والقواعد الفقهية .

٣- كما يتفق الفقه الإسلامى والقانون المدنى فى اعتبار قبض غير المستحق كأحد تطبيقات الإثراء بلا سبب مصدرا للديون ويتضح ذلك من الأمثلة الـتى سـبق ذكرها عند الحديث عن مدى اعتبار قبض غير المستحق مصدراً للديون فى الفقه الإسلامى .

٤- كمـا يـتفق القانون المدنى مع ما سبق ترجيحه فى الفقه الإسلامى من جعل الفضالة مصدراً للديون ، بيد أن معنى الفضالة فى الفقه الإسلامى أكـثر اتسـاعاً منه فى القانون المدنى ، لأن القانون المدنى يشترط أن يكـون العمـل الـذى يقوم به الفضولى عاجلاً وضرورياً لرب العمل بخـلاف الفقـه الإسلامى فإنه لا يشترط هذا الشرط ، إذ نكون بصدد فضالة فى كل حالة يقدم فيها الشخص على التصرف فى حق غيره دون إذن أو ولاية شرعية .

الباب الأول

التصرف فى الديون
من قبل الدائن بالبيع
فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

تقسيم :

قد يحتاج الدائن إلى أن يبيع دينه الثابت فى ذمة مدينه لأى سبب من الأسباب، وفى هذه الحالة إما أن يتقدم لشرائه المدين نفسه ليبرئ ذمته منه، وإما أن يتقدم لشرائه شخص أجنبى عن المدين، ونظراً لاختلاف موقف الفقهاء من كل منهما، كان من المناسب تقسيم هذا الباب إلى فصلين:

الفصل الأول : التصرف فى الديون ببيعها للمدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى.

الفصل الثانى : التصرف فى الديون ببيعها لغير المدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى.

الفصل الأول

التصرف في الديون ببيعها للمدين في الفقه الإسلامي والقانون المدني

تقسيم :

بيع الدائن دينه للمدين قد يكون بثمن حال، وقد يكون بثمن مؤجل، وعلى ذلك فإن هذا الفصل سينقسم إلى مبحثين:

المبحث الأول : التصرف في الديون ببيعها للمدين بثمن حال في الفقه الإسلامي والقانون المدني .

المبحث الثاني : التصرف في الديون ببيعها للمدين بثمن مؤجل في الفقه الإسلامي والقانون المدني .

المبحث الأول

التصرف في الديون ببيعها[1] للمدين بثمن حال في الفقه الإسلامي والقانون المدني

١٠٢ - ويشتمل على مطلبين :

المطلب الأول: التصرف فى الديون ببيعها للمدين بثمن حال فى الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: التصرف فى الديون ببيعها للمدين بثمن حال فى القانون المدنى.

* المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني

---

(١) **البيع فى اللغة:** مصدر باع الشىء يبيعه بيعا، وهو من الأضداد مثل الشراء فيقال: باع الشىء بمعنى شراه، وباعه بمعنى اشتراه، ويطلق على الشىء المبيع فيقال: بيع جيد، ويجمع على بيوع، ينظر: لسان العرب لابن منظور جـ١، ص ٥٥٦ ، مختار الصحاح ص ٧١، المعجم الوجيز، الصادر عن مجمع اللغة العربية: ص ٧٠.

تعريف البيع فى الفقه الإسلامي : اختلفت عبارات الفقهاء فى تعريفهم للبيع على النحو التالى:

١ - فعرفه الحنفية بأنه: (مبادلة مال بمال بالتراضى) ، ينظر: الكفاية على الهداية للكرلانى جـ ٥، ص ٤٥٤ وهو مطبوع أسفل شرح فتح القدير للكمال بن الهمام، وفى المعنى ذاته: شرح فتح القدير جـ٥، ص ٤٥٥ ، تبيين الحقائق جـ٤، ص٢.

٢ - وعرفه المالكية بأنه: (عقد معارضة على غير نافع، ولا متعة لذة، ذو مكايسه أحد، عوضيه غير ذهب ولا فضة، معين غير العين فيه)، ينظر: مواهب الجليل جـ٤، ص٢٢٥ الشرح الكبير للدردير جـ٣، ص٢، شرح منح الجليل جـ٢، ص ٤٦٠.

٣ - وعرفه الشافعية بأنه: (عقد معاوضة محضة يقتضى ملك عين، أو منفعة على الدوام لا على وجه القربة) ، ينظر: إعانة الطالبين للسيد البكرى جـ٣، ص٢ طبعة دار إحياء الكتب العربية.

٤ - وعرفه الحنابلة بأنه: (معاوضة المال بالمال لغرض التملك) ، ينظر: العدة شرح العمدة جـ١، ص ٢٩١.

تعريف البيع فى القانون المدنى: عرفت المادة ٤١٨ من التقنين المدني البيع بأنه: (عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشترى ملكية شئ، أو حقاً ماليا آخر فى مقابل ثمن نقدى) ينظر· كود القانون المدنى ص ٧٣ طبعة الهيئة العامة لشئون المطابع الأميريه الطبعة الثامنة سنة ١٩٩٩م.

المطلب الأول

التصرف فى الديون ببيعها للمدين بثمن حال فى الفقه الإسلامى

١٠٣ – **تقسيم** : فرق الفقهاء فى هذه المسألة بين ما إذا كان الدين الذى على المدين مستقرا ، وبين ما إذا كان غير مستقر ، وسوف أتناول ذلك – بعون الله تعالى – فى فرعين ، ثم أردف ذلك بتتمة لبيان حكم بيع الدين المؤجل للمدين بثمن حال أقل منه ، وذلك على النحو التالى :

الفرع الأول : التصرف فى الديون المستقرة ببيعها للمدين بثمن حال.

الفرع الثانى : التصرف فى الديون غير المستقرة ببيعها للمدين بثمن حال.

* تتمة فى بيان حكم بيع الدين المؤجل للمدين بثمن حال أقل منه.

الفرع الأول

التصرف فى الديون المستقرة ببيعها للمدين بثمن حال

١٠٤ – قبل أن أدخل فى بيان حكم هذه المسألة يجدر بى أن أبين معنى استقرار الديون وأن أذكر صورة هذه المسألة فأقول وبالله التوفيق:

١٠٥ – **معنى استقرار الديون** : يقصد باستقرار الدين أن يكون ثابتا وآمنا من فسخ سببه ويحصل هذا الاستقرار فى الديون الواجبة بسبب عقود المعاوضات بقبض المقابل للدين ، ومثال الديون المستقرة الثابتة : غرامة المتلفات ، وبدل القرض ، وقيمة المغصوب ، وعوض الخلع ، وثمن المبيع بعد تسليمه ، والأجرة بعد استيفاء المنفعة ، أو مضى مدتها ، والمهر بعد الدخول .

وإذا كانت الديون تثبت ، وتستقر بقبض المقابل لها فى عقود المعاوضات ، إلا أنه يستثنى من ذلك دين واحد هو دين السلم (المسلم فيه) فرغم أنه أصبح ملكا المسلم (رب السلم) بمقتضى العقد ، إلا أن ملكيته له غير مستقرة .[1]

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣٢٦ طبعة دار الكتب العلمية – بيروت الطبعة الأولى سنة ١٤٠٣هـ ، ١٩٨٣م وفيه: (جميع الديون التى فى ==

١٠٦ - **صورة المسألة** وصورة المسألة أن يكون " لمحمد " على " أحمد " عشرة آلاف جنيه مصرى - مثلا - دينا مستقرا فى الذمة ، بأى سبب من أسباب وجوب الدين ، كالقرض ، أو ثمن البيع ، أو ضمان المتلفات ، أو غير ذلك ، فهل يجوز لهما أن يتفقا على مبادلة هذه الجنيهات بسيارة تسلم لمحمد ، أو بأحد عشر ألف ريال سعودى تدفع حالاً لمحمد ؟

١٠٧ - **حكم المسألة** : اختلف الفقهاء فى حكم هذه المسألة على رأيين :

١٠٨ - **الرأى الأول** : وهو لجمهور الفقهاء من الحنفية(١) والمالكية (٢) والشافعي في الجديد(٣) والحنابلة(٤) ،

= الذمة بعد لزومها، وقبض المقابل لها مستقرة إلا ديناً واحداً هو دين السلم ، فإنه وإن كان لازما فهو غير مستقر ، وإنما كان غير مستقر لأنه بصدد أن يطرأ انقطاع المسلم فيه فيفسخ العقد) وأيضا : الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٥٠ طبعة مصطفى البابى الحلبى سنة ١٣٨٧هـ،١٩٦٨م.

(١) المبسوط للسرخسي جـ١٤،ص١١ ، تبيين الحقائق وحاشية الشلبى عليه جـ٤، ص ٨٢ ، ٨٣ ، حاشية رد المحتار على الدر المختار جـ٥، ص ١٥٣ وفيها: (لو باع إيلاً بدراهم ، أو بكرّ بر جاز أخذ بدلها وكذا الحكم فى كل دين قبل قبضه كمهر ، وأجرة ، وضمان متلف ، وبدل خلع وموروث ، وموصى به) .

(٢) المدونة - المجلد الثالث - جـ ٧ ص ٤٢٠: جواهر الإكليل للأبى جـ٢ ، ص ١٠٢ طبعة دار الفكر بيروت ، وفيه: (الصلح على غير المدعى بيع ، وجاز عن دين بأى شئ يباع الدين به بدنانير أو دراهم أو بهما ، أو بعرض إن حلا وعجل)

(٣) ويعبر الشافعية عن هذا النوع من البيع بـ (الاستبدال) ينظر : المجموع النووى جـ ٩، ص٢٧٤ طبعة دار الفكر ، نهاية المحتاج جـ٤، ص٨٨ وفيه (والجديد : جواز الاستبدال عن الثمن نقدا أو غيره مما يثبت فى الذمة وإن لم يقبض المبيع ، لكن حيث لزم العقد لا قبل لزومه لخبر ابن عمر - رضى الله عنه وقيس بما فيه غيره ، وكالثمن كل دين مضمون بعقد كأجرة وصداق ..)

(٤) كشاف القناع جـ٣، ص ٣٠٦ ، ٣٠٧ وفيه : (ويصح بيع دين مستقر من ثمن مبيع ، وقرض ، ومهر بعد دخوله ، وأجرة أستوفى نفعها إن كانت الإجارة على عمل كخياطة ثوب ، أو فرغت مدتها إن كانت على مدة كإجارة دار شهرا ، وأرش جناية ، وقيمة متلف ونحوه لمن هو فى ذمته لخبر ابن عمر) وأيضا : المغنى لابن قدامة جـ٤، ص١٨٧ ، ١٨٨ ، شرح منتهى الإدارات جـ٢، ص ٢٠٥.

والظاهرية[١] عدا ابن حزم[٢] والزيدية[٣] والإمامية[٤] والإباضية[٥] ويرون جواز بيع الديون المستقرة للمدين بثمن حال .

والحسن البصرى[٦] ، والحكم[٧] وحماد[٨]،

---

(١) المحلى لابن حزم جـ٨ ، ص٥٠٣ مسألة رقم ١٤٩٢ وفيه : (وذهب .. .. أصحابنا إلى جواز أخذ الذهب من الورق ، والورق من الذهب ..)

(٢) ابن حزم : هو الإمام على بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهرى ، أبو محمد ، عالم الأندلس فى عصره ، كان فقيها حافظا يستنبط الأحكام من الكتاب والسنة على طريقة أهل الظاهر ، وكان بعيداً عن المصانعة توفى - رحمه الله - سنة ٤٨٦هـ - ينظر : بغية الملتمس فى تاريخ رجال الأندلس للضبى ص ٣٠٣ وما بعدها طبعة دار الكتاب العربى سنة ١٩٦٧ ، وفيات الأعيان لابن خلكان جـ٣، ص ٤٤٨ وما بعدها .

(٣) البحر الزخار جـ٤،صـ ١١٧ ، التاج المذهب جـ٢، ص ٣٧٩.

(٤) جواهر الكلام شرح شرائع الإسلام للنجفى جـ٢٤، ص ٣٤٥.

(٥) الإيضاح للشماخى وحاشية أبى ستة عليه جـ٦، ص ١١٢ طبعة سلطنة عمان سنة ١٤٠٤هـ ، ١٩٨٤م ، شرح النيل وشفاء العليل لإطفيش جـ٩،ص ٤٨ ، الناشر : مكتبة الإرشاد - جدة الطبعة الثالثة سنة ١٤٠٥هـ ، ١٩٨٥م.

(٦) الحسن البصرى : هو الإمام أبو سعيد الحسن بن أبى الحسن يسار البصرى ، فقيه البصرة وعابدها ، سيد أهل زمانه علما وعملا وورعا ، وهو من الطبقة الوسطى من التابعين ، نشأ بالمدينة ، ثم أقام بالبصرة ، وبها توفى - رحمه الله - سنة ١١٠هـ ينظر : البداية والنهاية لابن كثير جـ٩،ص ٢٦٦ طبعة مكتبة المعارف بيروت الطبعة الثانية سنة ١٩٧٠ ، وفيات الأعيان جـ ٢ ص ٦٩ وما بعدها ، شذرات الذهب جـ ١ ص ١٣٦.

(٧) الحكم : هو العالم الكبير الحكم بن عتيبة ، أبو محمد الكندى ، مولاهم ، ويقال : أبو عمرو ، عالم أهل الكوفة ، قال عنه سفيان بن عيينة : (ما كان بالكوفة مثل الحكم وحماد بن أبى سليمان) توفى - رحمه الله - سنة ١١٥هـ بالكوفة ينظر : سير أعلام النبلاء للذهبى جـ٥،ص ٢٠٨ وما بعدها طبعة مؤسسة الرسالة - بيروت ط الأولى سنة ١٤٠١هـ ، ١٩٨١، طبقات ابن سعد جـ٦ ، ص ٣٢٣ ط دار الكتب العلمية بيروت ط الأولى سنة ١٤١٠هـ١٩٩٠.

(٨) حماد : هو فقيه الكوفة حماد بن أبى سليمان الأشعرى ، مولاهم ، أبو سليمان ، تفقه على إبراهيم النخعى وكان أنبل أصحابه ، وأفقههم ، وأقيسهم ، وأبصرهم بالرأى والمناظرة توفى - رحمه الله - سنة ١٢٠هـ ينظر : طبقات ابن سعد جـ٦،ص ٣٢٤ وما بعدها ، سير أعلام النبلاء جـ٥،ص ٢٣١ وما بعدها ، شذرات الذهب جـ١، ص ١٥٧.

وطاووس[1] والزهرى [2] ، وقتادة [3] ، والقاسم بن محمد [4] ، وعطاء بن أبى رباح[5] .

---

(١) طاووس : هو الإمام طاووس بن كيسان ، الفقيه القدوة عالم اليمن أبو عبد الرحمن ، أحد الأئمة علما وعملا ، أخذ عن عائشة – رضى الله عنها – قال عنه عمرو بن دينار : (ما رأيت أحداً قط مثل طاووس) توفى حاجا بمكة سنة ١٠٦هـ ، وصلى عليه هشام بن عبد الملك وأراد الخروج عليه فلم يقدر لكثرة الناس ينظر : سير أعلام النبلاء جـ٥،ص ٣٨ ، حلية الأولياء لأبى نعيم جـ٤،ص ٣ وما بعدها ، طبعة دار الكتب العلمية – بيروت الطبعة الأولى – ١٤٠٩هـ ١٩٨٨، شذرات الذهب ، جـ١، ص ١٣٣.

(٢) الزهرى : هو الإمام محمد بن مسلم بن عبيد الله بن شهاب الزهرى ، القرشى أبو بكر ، قال عنه عمر بن عبد العزيز (لم يبق أعلم بسنة ماضية من الزهرى) توفى – رحمه الله – سنة ١٢٤هـ ينظر : حلية الأولياء جـ٣،ص٣٦٠ ، سير أعلام النبلاء جـ٥،ص٣٢٦ وما بعدها شذرات الذهب جـ١،ص ١٦٢ ، ١٦٣.

(٣) قتادة : هو عالم البصرة الإمام الحافظ قتادة بن دعامة السدوسى ، قدوة المفسرين والمحدثين ، قال عنه شيخه ابن سيرين (قتادة أحفظ الناس) وقال عنه الإمام أحمد (كان قتادة أحفظ أهل البصرة ، لا يسمع شيئا إلا حفظه ، قرئ عليه صحيفة جابر مرة واحدة فحفظها) توفى – رحمه الله – سنة ١١٧هـ وقيل : ١١٨هـ ينظر : سير أعلام النبلاء جـ٥،ص ٢٦٩ ، شذرات الذهب جـ١،ص ١٥٣.

(٤) القاسم بن محمد : هو أبو محمد القاسم بن محمد بن أبى بكر الصديق – رضى الله عنه – أحد فقهاء المدينة السبعة ، ولد فيها ، وكان من سادات التابعين ، قال عنه ابن عيينة : (كان القاسم أفضل أهل زمانه) توفى – رحمه الله – سنة ١٠٧هـ على الأصح ، ينظر : حلية الأولياء جـ٢،ص ١٨٣ ، شذرات الذهب جـ١،ص ١٣٥.

(٥) عطاء بن أبى رباح : هو عطاء بن أبى رباح أسلم القرشى مولاهم ، المكى ، أبو محمد مفتى مكة ، ومحدثها ، وعالمها ، كان فصيحا كثير العلم قال عنه الإمام أبو حنيفة ما رأيت أحدا أفضل من عطاء) توفى – رحمه الله – سنة ١١٤هـ على الصحيح ، ينظر حلية الأولياء جـ ٣ ص ٣١٠ وما بعدها ، وفيات الأعيان جـ ٣ ص٢٦١ وما بعدها. ===

١٠٩ - **الرأى الثانى** : وهو لأشهب [١] من المالكية [٢] والشافعى فى القديم [٣] وابن حزم من الظاهرية ويرون عدم جواز بيع الديون المستقرة للمدين بثمن حال غير أن ابن حزم - رحمه الله يستثنى حالة واحدة يجوز فيها للشخص أن يأخذ غير دينه وهى حالة ما إذا كان له دين عند شخص ولم يمكنه أخذه ، ففى هذه الحالة فقط يجوز له أن يأخذ أى شئ يحل تملكه بمقدار حقه فقط دون أن يزيد على ذلك [٤] وممن قال بعدم الجواز : ابن عباس [٥] ، وابن

=== يراجع فى نسبة هذا الرأى إلى جميع من تقدم من العلماء : المدونة جـ ٧ ص ٤٢٠ .

المحلى ـ ٨ ص ٥٠٤ مسألة رقم ١٤٩٢ ، مصنف عبد الرزاق جـ ٨ ص ١٢٦ ، ١٢٨ ، عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذى لابن العربى جـ ٥ ص ٢٥١ ، طبعة دار الكتب العلمية ، نيل الأوطار جـ ٥ ص ١٥٧ تحفة الأحوزى للمباركفورى جـ ٤ ص١٤٤ ، الناشر : محمد عبد المحسن الكتبى صاحب المكتبة السلفية بالمدينة المنورة ، الطبعة الثانية ١٣٨٥هـ ، ١٩٦٥م

(١) أشهب : هو الإمام أشهب بن عبد العزيز بن داوود القيسى ، أبو عمرو المصرى ، الفقيه ، الثبت ، العالم الورع انتهت إليه رئاسة المالكية فى مصر بعد موت ابن القاسم ، قال عنه الإمام الشافعى : (ما أخرجت مصر أفقه من أشهب لولا طيش فيه) ، توفى - رحمه الله - سنة ٢٠٤هـ ينظر : شذرات الذهب جـ ٢ص ١٢ ، شجرة النور الزكية ص ٥٩ ، الأعلام جـ ١ ص ٣٣٣.

(٢) البهجة شرح التحفة جـ ٢ ص ٤٩ ، وفيه : (وأما القضاء بغير الجنس ، وهو بيع الدين ممن هو عليه .... جائز إن عجل المأخوذ ولم يقع فيه تأخير .. وهذا هو المعبر عنه فى الاصطلاح بصرف ما فى الذمة وهو جائز على المشهور خلافا لأشهب..)

(٣) فتح العزيز شرح الوجيز للرافعى جـ ٨ ص ٤٣٤ وهو مطبوع مع المجموع شرح المهذب .

(٤) المحلى : جـ ٨ ص ٥٠٣ رقم ١٤٩٢.

(٥) الاستذكار لابن عبد البر جـ ٢٠ ص ١٢ ، ١٣ وفيه : (.. عن عكرمة عن ابن عباس أنه كره اقتضاء الذهب من الورق والورق من الذهب) وأيضا : المحلى ٥٠٤/٨ ، ٥٠٥.

مسعود[1] ، وابن شبرمة[2] ، وسعيد بن المسيب[3] .

هـــــذا : وقد اضطرب النقل فى هذه المسألة عن سيدنا عمر بن الخطاب وابنه عبد الله – رضى الله عنهما – فمرة نقل عنهما القول بالجواز [4]، ومرة نقل عنهما القول بعدم الجواز.[5]

---

(١) مصنف عبد الرزاق جـ ٨ ص ١٢٧ رقم ١٤٥٨٢ وفيه : (.. عن أيوب عن ابن سيرين قال : أمر ابن مسعود رجلا أن يسلف بنى أخيه ذهبا ثم اقتضى منهم ورقا فأمره ابن مسعود برده ويأخذ منهم ذهبا) وأيضا : المحلى ٥٠٥/٨ ، الاستذكار جـ ٢٠ ص ١٣.

(٢) الاستذكار جـ ٢٠ ص ١٢ وفيه (قال ابن شبرمة : لا يجوز أن يأخذ عن دراهم دنانير ، ولا عن دنانير دراهم ، وإنما يأخذ ما أقرض ، وعين ما باع) وابن شبرمة : هو عبد الله بن شبرمة بن حسان بن المنذر بن ضرار .. الضبى .. أبو شبرمة ، فقيه الكوفة ، كان عفيفا حازما عاقلا فقيها ، ذكره ابن حبان فى الثقات وقال : كان من فقهاء العراق توفى سنة ١٤٤هـ ينظر : تهذيب التهذيب لابن حجر جـ ٥ ص ٢٥٠ طبعة حيدر أباد سنة ١٣٢٦ هـ ، شذرات الذهب جـ ١ ص ٢١٥.

(٣) سعيد بن المسيب : هو سعيد بن المسيب بن حزن بن أبى وهب المخزومى القرشى أبو محمد ، سيد التابعين ، وأحد الفقهاء السبعة بالمدينة ، جمع بين الحديث والفقه والزهد والورع ، وكان من أحفظ الناس لأحكام عمر بن الخطاب وأقضيته ، حتى سمى راوية عمر ، توفى – رحمه الله – بالمدينة سنة ٩٤هـ ينظر : حلية الأولياء جـ ٢ ص ١٦١ ، شذرات الذهب جـ ١ ص ١٠٢، الأعلام جـ ٣ ص ١٠٢.
يراجع فى نسبة هذا الرأى إلى كل من تقدم : المحلى : جـ ٨ ص ٥٠٥ رقم ١٤٩٢ ، مصنف عبد الرزاق حـ ٨ ص ١٢٦ وما بعدها ، تكملة المجموع للسبكى جـ ١٠ ص ١٠٣ ، سنن النسائى : كتاب البيوع – بابا أخ الورق من الذهب والذهب من الورق ، جـ ٤ ص ٣٣ رقم ٦١٧٦ .

(٤) ينظر فى نقل القول بالجواز عن عمر – رضى الله عنه – مصنف عبد الرزاق جـ ٨ ص ١٢٦ الأثر رقم ١٤٥٨٤ وفيه : (.. أن عمر بن الخطاب قال فى الرجل يسلف الرجل الدنانير أيأخذ الدراهم ؟ قال : إذا قامت على الثمن فأعطاها إياه بالقيمة) وينظر فى نقل القول بالجواز عن ابن عمر مصنف عبد الرزاق جـ ٨ ص ١٢٦ رقم ١٤٥٧٧ وفيه : (.. عن ابن عمر أنه كان لا يرى بأسا أن يأخذ الدراهم من الدنانير ، والدنانير من الدراهم) أيضا الاستذكار لابن عبد البر جـ ٢٠ ص ١٣ توزيع مؤسسة الرسالة الطبعة الأولى ١٤١٤هـ/١٩٩٣م .

(٥) وينظر فى نقل القول بعدم الجواز عن عمر رضى الله عنه مصنف ===

١١٠ - الأدلــة :

١١١ - أولاً : أدلـة الـرأى الأول :

استدل أصحاب الرأى الأول على ما ذهبوا إليه من جواز بيع الديون المستقرة للمدين بثمن حال بالسنة ، والمعقول :

١١٢ - ١ - مــن الســنة : ما روى عن ابن عمر - رضى الله عنهما - قال : كنت أبيع الإبل بالبقيع [١] فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم ، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير ، آخذ هذه من هذه وأعطى هذه من هذه ، فأتيت رسول الله ـ ﷺ ـ وهو فى بيت حفصة ، فقلت : يا رسول الله رويدك أسألك ، إنى أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير ، آخذ هــذه مــن هذه ، وأعطى هذه من هذه ، فقال رسول ـ ﷺ ـ " لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شئ" [٢] .

== عبد الرزاق جـ ٨ ص ١٢٧ رقم ١٤٥٨٣ وفيه : (.. عن ابن سيرين أن امرأة ابن مسعود باعت جارية لها بذهب فأخذت ورقاً ، أو باعت بورق فأخذت ذهباً ، فسألت عمر بن الخطاب فقال : لا تأخذى إلا الذى بعت به) وأيضا : المحلى جـ ٨ ص ٥٠٥.

وينظر فى نقل القول بعدم الجواز عن ابن عمر : مصنف عبد الرزاق جـ ٨ ص ١٢٧ رقم ١٤٥٧٩ وفيه : (.. أخبرنا معمر عن أيوب عن نافع عن ابن عمر قال : لا يأخذ الرجل الدنانير من الدراهم والدراهم من الدنانير) .

(١) **البقيع** : المقصود به بقيع الفرقد ، فإنهم كانوا يقيمون فيه سوق المدينة قبل أن يتخذ مقبرة ويروى (النقيع) بالنون، وهو موضع قريب من المدينة يستنقع فيه الماء أى : يجتمع ، ينظر : تحفة الأحوذى،جـ ٤ ص ٤٤٣ ، وقيل : (النقيع) بالنون هو سوق المدينة ، و(البقيع) بالباء مقبرتها . ينظر : مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية جـ ٢٩ ص ٥١٠ طبعة دار التقوى للنشر والتويع بدون تاريخ .

(٢) أخرجه أبو داود واللفظ لـه كتاب البيوع باب فى اقتضاء الذهب من الورق ، جـ ٣ ص ٢٤٧ ، حديث رقم ٣٣٥٤ ، الترمذى : كتاب البيوع باب ما جاء فى الصرف جـ ٣ ص ٥٣٥ حديث رقم ١٢٤٢ ، النسائى : كتاب البيوع باب أخذ الورق من الذهب والذهب من الورق جـ ٤ ص ٣٤ رقم ٦١٨١ ، وابن ماجه : كتاب التجارات باب اقتضاء الذهب من الورق والورق من الذهب جـ ٢ ص ٧٦٠ حديث رقم ٢٢٦٢ وأحمد فى مسنده جـ ٥ ص ١١١ حديث رقم ٥٥٥٥ والدارمى :كتاب البيوع باب الرخصة فى اقتضاء الورق بالذهب جـ ٣ ص ٣٣٦ رقم ٢٥٨١ ، الدارقطنى ==

وجــه الاستدلال من الحديث : إن ابن عمر – رضى الله عنهما – كان يأخذ الدنانــير مكان الدراهم، والدراهم مكان الدنانير ،وهو بيع لأحدهما بالآخر ، وقــد كــان رسول الله ــ ﷺ ــ يقره على ذلك فيكون ذلك دليلا على جواز بــيع ما فى الذمة من أحد النقدين بالآخر إذا كان المشترى هو المدين وكان الثمن حالا.

وإذا جاز بيع أحد النقدين بالآخر جاز بيع غيرهما مما يثبت فى الذمة من باب أولى[1] .

جــاء فــى نهايــة المحتاج بعد الاستدلال بحديث ابن عمر السابق : " وقيس بما فيه غيره " [2] .

مناقشة الاستدلال بهذا الحديث : وقد نوقش هذا الاستدلال بأن هذا الحديث لم يصح رفعه إلى النبى ﷺ إلا من طريق سماك[3] بن حرب ، قال الترمذى : " لا نعرفه مرفوعا إلا من حديث سماك " وسماك هذا ضعيف يقبل التلقين ،

=جــ ٣ ص ٢٣ ،٢٤ سـنن البـيهقى كـتاب البـيوع باب أخذ أحد العوضين عــن الثمــن الموصــوف فــى الذمة جــ ٥ صــ ٥١٤حديث رقم ١٠٦٩٥ طبعة دار الكتــب العلمــية الطــبعة الأولــى ســنة ١٤١٤هــــ ، ١٩٩٤، الحــاكم فى المستدرك جــ ٢ ص ٤٤ ، وقال : (صحيح على شرط مسلم) .

(١) قــرب ذلــك: الشــيخ عــبد الســميع إمام :نظرات فى أصول البيوع الممنوعة ص ١١١ طــبعة دار الطــباعة المحمديــة الطــبعة الأولــى ســنة ١٩٥٧م ، الشــيخ عيســوى أحمــد عيســوى : المــرجع الســابق ص ١٣٨ ، الدكــتور نزيه كمال حماد : بيع الدين مرجع سبق ذكره ص ١٩٧.

(٢) جــ ٤ صــ ٨٨.

(٣) ســماك بــن حــرب : هــو سماك بن حرب بن أوس بن خالد بن نزار بن معاوية بــن حارثــة الذهلــى البكرى ، الكوفى ، الإمام الحافظ الكبير أبو المغيرة ، كان صــدوقا مــن أوعــية العلــم روايــته عن عكرمة خاصة مضطربة وقد تغير فى آخــر حــياته فكــان ربمــا تلقــن ، قال ابن المدينى : له نحو مائتى حديث وقال العجلــى : جائــز الحديــث ، مــن الطــبقة الــرابعة توفى سنة ١٢٣هــ ينظر : مــيزان الاعــتدال فــى نقــد الــرجال للذهبى جــ ٢ صـــ ٢٣٢ وما بعدها طبعة دار الفكــر بــدون تــاريخ ، تقريــب التهذيب لابن حجر ٣٩٤/١ طبعة دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى سنة ١٤١٣هــ ١٩٩٣م.

وقد شهد عليه بذلك شعبة [1] فقد روى عن شعبة أنه قال : " كانوا يقولون لسماك : عكرمة عن ابن عباس ؟ فيقول نعم فأما أنا فلم أكن ألقنه" وقال أحمد : سماك مضطرب الحديث ، وقال النسائى : إذا انفرد بأصل لم يكن حجة ، لأنه كان يلقن فيتلقن [2] وعلى هذا فلا يكون حديثه قابلا للاحتجاج به.

الجواب عن هذه المناقشة : ويجاب عن هذه المناقشة بأن سماكا ، وإن كان قد وهنه شعبة، فقد وثقه غيره ، قال ابن معين : [3] " ثقة " وقال أبو حاتم : [4] ثقة صدوق ، وقال يعقوب بن شيبة السدوسى[5] : " روايته عن

---

(١) **شعبة** : هو شعبة بن الحجاج بن الورد ، أبو بسطام الأزدى العتكى ، مولاهم ، أمير المؤمنين فى الحديث ، سكن البصرة منذ الصغر ، وهو أول من فتش فى العراق عن أمر المحدثين وجانب الضعفاء والمتروكين ، قال عنه الشافعى : (لولا شعبة ما عرف الحديث بالعراق) توفى – رحمه الله – سنة ١٦٠هـ ينظر : سير أعلام النبلاء جـ ٧ ص ٢٠٢ ، تاريخ بغداد جـ ٩ص ٢٥٥.

(٢) ميزان الاعتدال جـ٢،ص٢٣٢ ، تقريب التهذيب جـ١،ص ٣٩٤ ، المحلى جـ٨،ص٥٠٤.

(٣) **ابن معين** : هو الإمام يحيى بن معين بن عوف بن زياد المرى بالولاء ، البغدادى ، سيد الحفاظ وإمام الجرح والتعديل ، أصله من (سرخس) قال عنه الإمام أحمد : (كل حديث لا يعرفه يحيى بن معين فليس بحديث) توفى سنة ٢٣٣هـ ينظر : تاريخ بغداد جـ١٤،ص١٧٧ ، شذرات الذهب جـ٢ ص ٧٩.

(٤) **أبو حاتم** : هو الإمام محمد بن إدريس بن المنذر بن داود الحنظلى ، أبو حاتم ، أحد الأئمة الحفاظ ، وهو من أقران البخارى ومسلم ، ولد فى الرى ورحل إلى كثير من البلدان ، له كتب منها : (طبقات التابعين) و (تفسير القرآن العظيم) توفى ببغداد سنة ٢٧٧هـ على الراجح ينظر : تاريخ بغداد جـ٢، ص ٧٣ وما بعدها ، تهذيب التهذيب جـ٩ ، ص ٣١ ، الأعلام جـ٦،ص ٢٧.

(٥) **يعقوب بن شيبة** : هو الإمام محمد بن إدريس بن الصلت السدوسى ، بالولاء ، ويكنى بأبى يوسف ، إمام حافظ من كبار علماء الحديث له (المسند الكبير) معللا ، لم يصنف أحد أكثر منه إلا أنه لم يتمه ، توفى – رحمه الله – سنة ٢٦٢هـ ، شذرات الذهب جـ٢ ، ص ١٤٦ ، الأعلام جـ٨ ، ص ١٩٩.

عكرمة [1] خاصة مضطربة ، وهو فى غير عكرمة صالح وليس من المتثبتين ، ومن سمع منه قديما مثل شعبة وسفيان [2] فحديثهم عنه صحيح مستقيم " ورواية سماك لهذا الحديث لم تكن عن عكرمة ، وإنما هى عن سعيد بن جبير ؟ كما أن مسلما قد احتج به ، وأخرج الحاكم [3] حديثه ؟ وقال : "صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه" كما أخرجه كثير من الأئمة ، فعلى الأقل إن لم يكن هذا الحديث صحيحا فهو فى درجة الحسن ، وبالتالى يكون صالحا للاحتجاج به.[4]

١١٣ – ٢ – **من المعقول** : واستدل الجمهور على ما ذهبوا إليه من جواز بيع الديون المستقرة للمدين بثمن حال بالمعقول ، وذلك من وجهين :

الوجه الأول : إن الديون فى ذمة المدين تعد مقبوضة له حكما ، فإذا دفع المدين ثمنها للدائن فى الحال كما هو المفروض فى هذه الصورة فقد حصل تقابض البدلين وبالتالى يكون هذا البيع بيع مقبوض بمقبوض وهو

---

(١) **عكرمة** : هو عكرمة بن عبد الله البربرى ، مولى بن عباس ، أحد فقهاء مكة ، قيل لسعيد بن جبير هل أحد أعلم منك ؟ فقال: عكرمة ، توفى سنة ١٠٥هـ ، ينظر : حلية الأولياء جـ٣ ،ص ٣٢٦، شذرات الذهب جـ ١ ، ص ١٣٠.

(٢) **سفيان** : هو سفيان بن سعيد بن مروق الثورى ، الكوفى ، أمير المؤمنين فى الحديث ، قال عنه ابن المبارك: (كتبت عن ألف ومائة شيخ ما فيهم أفضل من سفيان) ، توفى – رحمه الله – سنة ١٦١هـ، ينظر : حلية الأولياء جـ٦ ، ص ١٣٥ وما بعدها ، تذكرة الحفاظ جـ١ ، ص ١٧٨ وما بعدها.

(٣) **الحاكم**: هو الإمام أبو عبد الله محمد بن عبد الله ، كان من أعلم الناس بصحيح الحديث وتمييزه عن سقيمة رحل إلى العراق وغيرها طلبا للعلم ، له مؤلفات كثيرة توفى سنة ٤٠٥هـ ينظر: تاريخ بغداد جـ٥ ، ص ٤٧٣، شذرات الذهب جـ٣ ، ص ١٧٦.

(٤) ميزان الاعتدال جـ٢ ، ص ١٣٣ وما بعدها ، تقريب التهذيب جـ١ ،ص ٣٩٤ ، تكملة المجموع للسبكى جـ١٠ ، ص١٠٤، المستدرك على الصحيحين جـ٢ ، ص ٤٤.

جائــز شرعــا .[1]

ويناقــش هذا : بأن القول بأن بيع الدين للمدين بثمن حال هو بيع مقبوض بمقــبوض هو قول غير مسلم ، إذ قد يكون الدين مؤجلا فلا يصدق عليه أنه مقبوض لأن المراد من القبض فى الأموال الربوية هو المناولة.[2]

ويجــاب عــن هذه المناقشة : بأن المقصود الأساسى من إقباض البدلين فى عقــد البيع هو براءة الذمة ، وهذا متحقق فى بيع الدين للمدين إذا كان الثمن حالاً حيث تبرأ ذمة المدين بمجرد التعاقد ودفع الثمن.[3]

الــوجــــه الــثـــانـــى : إن الديون الثابتة فى ذمة المدين إنما هى مملوكة للدائــن فـــلا مانع من بيعها واستبدال شئ اخر عنها ، سواء أكان نقوداً ، أم أعياناً حاضرة .

قـــال الــزيلعى : [4] فى معرض استدلاله على صحة هذا النوع من البيوع:" إن المطلق للتصرف الملك ، وقد ثبت له فيه الملك .. ولأن ما فى الذمة لا يتعين بالتعيين " [5] .

١١٤ – ثـانيــاً : أدلـة الـرأى الـثانـى :

وقد استدل أصحاب هذا الرأى على ما ذهبوا إليه من عدم جواز بيع

---

(١) نيل الأوطار للشوكانى جـ٥ ، ص ١٥٧ طبعة دار الكتب العلمية.

(٢) الشــيخ عــبد الســميع إمــام : المــرجع السابق ص ١١٢ ، الشيخ عيسوى أحمد عيســوى : المــرجع الســابق ص ١٣٩ الدكــتور نزيه حماد : المرجع السابق فقرة ١٠ ص ١٩٧.

(٣) الشــيخ عــبد الســميع إمــام : المــرجع السابق ص ١١٣ ، الشيخ عيسوى أحمد عيسوى : المرجع والمكان السابقان .

(٤) **الــزيلعى:** هــو الإمــام عــثمان بن على بن محجن ، فخر الدين الزيلعى ، نسبة إلــى (زيلــع) بســاحل بحــر الحبشة ، فقيه حنفى ، قدم القاهرة سنة ٧٠٥هـــ فأفــتى ، ودرس ، ولــه كتــب كثــيرة مــنها : (تبييــن الحقــائق) فى الفقه ، و(شــرح الجــامع الكبــير) وغــيرهما . توفى ــ رحمه الله ــ سنة ٧٤٣هـــ . ينظر : الفوائد البهية ص ١١٥ ، ١١٦ ، الأعلام جــ٤،ص ٢١٠.

(٥) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق جــ٤ ، ص٨٣،٨٢.

الديون المستقرة للمدين بثمن حال بالسنة ، والأثر ، والمعقول :

١١٥- ١ - **من السنة** : ما روى عن أبى سعيد الخدرى ﷺ أن رسول الله ﷺ قال : " لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل ، ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها غائباً بناجز "(١) .

وجه الاستدلال من الحديث : إن رسول الله ـ ﷺ ـ نهى عن بيع أحد النقدين بالآخر إذا كان أحدهما غائبا والآخر ناجزاً ، والدين – فى هذه الصورة إنما هو غائب عن مجلس العقد فيصدق عليه أنه بيع غائب بناجز فيكون منهياً عنه ، فيكون حراما (٢) وبالتالى لا يجوز(٣) .

مناقشة هذا الاستدلال : ويمكن مناقشة هذا الاستدلال بأن القول بأن بيع الدين – فى هذه الصورة – داخل فى بيع الغائب بالناجز الذى ورد النهى عنه فى الحديث المتقدم إنما هو قول غير مسلم ، وذلك لأن الدين وإن كان غائباً عن مجلس العقد إلا أنه مقبوض حكماً بالنسبة للمدين ، فإذا دفع المدين الثمن فى الحال كان ذلك من قبيل بيع المقبوض بالمقبوض ، أو الناجز بالناجز(٤) فلا يكون داخلاً فى بيع الغائب بالناجز الذى ورد النهى عنه فى الحديث .

١١٦- **من الأثر** : ما روى عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه " نهى عن

---

(١) متفق عليه ، ينظر :صحيح البخارى :كتاب البيوع باب : الفضة بالفضة جـ٢ ، ص٦٤٣ حديث رقم (٢١٧٧) ، صحيح مسلم بشرح النووى : كتاب المساقاة : باب الربا جـ١١ ص ٨ ، ٩ ط دار الريان للتراث ط الأولى سنة ١٤٠٧هـ ،١٩٨٧م.

(٢) ينظر فى إفادة النهى للتحريم: التمهيد فى تخريج الفروع على الأصول للإسنوى ص ٢٩٠ تحقيق: الدكتور محمد حسن هيتو ، طبعة مؤسسة الرسالة الطبعة الثانية ١٤٠١هـ – ١٩٨١م.

(٣) الشيخ عيسوى أحمد عيسوى : المرجع السابق ص ١٣٨ ، الشيخ عبد السميع إمام ص ١١١.

(٤) تبيين الحقائق جـ٤، ص٨٠ ، نهاية المحتاج جـ٤ ، ص ٨٨.

بيع الدين بالعين" [1] .

وجه الاستدلال من هذا الأثر : إن هذا الأثر عن عمر بن الخطاب ﷺ صريح فى عدم جواز بيع الدين بالعين ، ومعلوم أن مذهب الصحابى فيما لا مجال للرأى والاجتهاد فيه يعد حجة[2] فنهيه ﷺ عن هذا البيع دليل على عدم جوازه .

مناقشة هذا الاستدلال : ويمكن مناقشة هذا الاستدلال بأن هذا الأثر إنما هو قول صحابى ، وقول الصحابى يعد حجة إذا لم يعارضه قول صحابى آخر ، أما إذا عارضه قول صحابى آخر فلا يعد حجة [3]، وهنا النهى عن بيع الدين معارض بما ورد عن عمر بن الخطاب نفسه ، فقد روى عنه ﷺ أنه سئل عن أخذ دنانير قضاء عن دراهم فقال : " فى الرجل يسلف الرجل الدنانير أيأخذ الدراهم ؟ قال : إذا قامت على الثمن فأعطها إياه بالقيمة " [4] فهنا قد أجاز سيدنا عمر بن الخطاب أخذ الدنانير عن الدراهم التى فى الذمة ، وهو عكس ما ورد عن نهيه عن بيع الدين بالعين .

١١٧ – ٣ – من المعقول : إن هذا البيع مشتمل على غرر ، لأنه بيع

---

(١) السنن الكبرى للبيهقى جـ٦ ، ص ٤٧ رقم ١١١٤٠ .

(٢) المحصول من علم الأصول جـ٢ ص٢٢١ طبعة دار الكتب العلمية ،ط الأولى سنة ١٤٠٨هـ–١٩٨٨م ، وأيضا : أستاذنا الدكتور عبد القادر أبو العلا : حجية مذهب الصحابى عند الأصوليين – دراسة وتطبيق ، ص ٦٠ ، وهو بحث منشور فى مجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط – العدد التاسع سنة ١٤١٧هـ–١٩٩٧م، حيث يعلل فضيلته كون مذهب الصحابى حجة فى مثل هذه الأحوال بقوله: (لأن الظاهر فى مثل ذلك أن يكون عن سماع من الرسول – صلى الله عليه وسلم – فهو من قبيل السنة ، والسنة من أقوى الحجج الشرعية بعد القرآن الكريم باتفاق المسلمين) .

(٣) أستاذنا الدكتور عبد القادر أبو العلا : المرجع السابق ص ٦٤ حيث يقول فضيلته : (.. لا خلاف فى عدم الاحتجاج بمذهب الصحابى إذا اختلف فيه الصحابة ، بل يجب التأمل فيه ، فما يوافقه الرأى يؤخذ به وما لا فلا) .

(٤) مصنف عبد الرزاق جـ ٨ ص ١٢٦ الأثر رقم ١٤٥٧٧ .

شـــئ لا يدرى أخلق بعد أم لم يخلق وقد صح عن النبى ـــ ﷺ ـــ أنه " نهى عن بيع الغرر " [١] فيكون بيع الدين فى هذه الحالة داخلا فى عموم النهى .

قـــال ابن حزم : " ومما يبطل قولهم هنا : أنه قد صح النهى عن بيع الغرر وهذا أعظم ما يكون من الغرر ، لأنه بيع شئ لا يدرى أخلق بعد أم لم يخلق ، ولا أى شئ هو ، والبيع لا يجوز إلا فى عين معينة مثلها ، وإلا فهو بـــيع غرر وأكل مال بالباطل ، والسلم لا يجوز إلا إلى أجل فبطل أن يكون هذا العمل بيعا ، أو سلما ، فهو أكل مال بالباطل . " [٢]

منـــاقشـــــة هـــــذا الـــدلـــيـــل : ويمكن مناقشة هذا الدليل بأن بيع الدين للمدين بثمن حال ليس من باب بيع الغرر ، وذلك لأن الغرر يتحقق إذا كان الـــبدلان مجهوليـــن فى القدر والصفة ، أو كان أحدهما كذلك ، وما فى ههنا ليس كذلك ، لاشتراط معلومية القدر والصفة . [٣]

١١٨ – دلـــيل ابـــن حـــزم علـــى جواز أخذ شئ فى حالة عدم القدرة على الانتصـــاف : استدل ابن حزم على جواز أخذ شئ فى حالة عدم القدرة على الانتصاف بالقرآن الكريم :

١ – قول الله تعالى: ﴿ وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا ﴾ [٤] .

٢ – قـــول الله تعـــالى: ﴿ فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [٥] .

---

(١) هـــذا الحديـــث أخـــرجه مســـلم عن أبى هريرة – رضى الله عنه – قال : (نهى رســـول الله – صـــلى الله علـــيه وســـلم – عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر) . يـــنظر صـــحيح مســـلم بشـــرح الـــنووى كتاب البيوع باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذى فيه غرر جــ١٠ ، ص ١٥٦،١٥٧.

(٢) المحلى جـــ٨ ، ص ٥٠٤.

(٣) الشـــيخ عـــبد الســـميع إمـــام : المـــرجع السابق ص ١١٢ ، الشيخ عيسوى أحمد عيسوى : المرجع السابق ص ١٤٠ .

(٤) سورة الشورى من الآية رقم ٤٠.

(٥) سورة البقرة من الآية رقم ١٩٤.

قــال ابن حزم بعد أن ذكر هاتين الآيتين: " فهذا عموم لكل ما أمكن الممنوع حقه أن ينتصف به ، أو بأن يوكل غريمه على بيع ماله عنده ، وبأن يبتاع له ما يريد ، فهذا جائز وبالله – تعالى – التوفيق " . [1]

منــاقشـــة هــذا الــدليـل : ويناقش هذا الدليل بأن ما أورد ابن حزم من آيـات للدلالة على جواز هذه المعاملة عند عدم القدرة على الانتصاف ، إنما هى واردة فى الجروح والقصاص وليس فى أخذ المال عند عدم القدرة على الانتصـاف ، وعلى فرض جواز ذلك فى المال فإن ابن حزم إنما جوز ذلك فــى حالة عدم رضا المدين ، ولكنه إذا جاز بغير رضا المدين ، فلأن يجوز برضاه أولى.

١١٩ – الترجيـح :

بعــد عــرض آراء الفقهاء فى هذه المسألة ، وأدلتهم ، ومناقشة ما استدل به أصحاب الرأى الثانى (الإمام ابن حزم ومن معه) يتضح رجحان ما ذهب إليه أصحاب الرأى الأول (جمهور الفقهاء) القائلون بجواز بيع الديون المســتقرة للمديــن بثمــن حال ، وذلك لأن هذا الرأى فيما ذهب إليه موافق لأصـــول الشريعة وقواعدها العامة وذلك لأن العقد إذا لم يكن فيه ضرر ولا مفسدة كان اللائق بسماحة الشريعة الإسلامية اعتباره صحيحاً.[2]

أمــا اســتدلال ابن حزم بحديث أبى سعيد الخدرى وما فيه من قول رسول الله ـــ ﷺ ـــ " ولا تبيعوا منها غائبا بناجز" فإن المراد بالغائب – كما فســره المحدثون – الغائب عن مجلس العقد مطلقاً سواء أكان مؤجلاً ، أم لا ،كمـــا أن المراد بالناجز هو الحاضر[3] وعلى ذلك فيكون معنى " ولا تبيعوا منها غائبا بناجز " أى : لا تبيعوا شيئا غير حاضر بشىء حاضر.

وعلـــى ذلك فلا تعارض بين هذا الحديث (حديث أبى سعيد) وحديث

---

(١) المحلى جــ٨ ، ص ٥٠٣.

(٢) الشـيخ عيســوى أحمــد عيســوى:المــرجع السابق ص ١٤٠ ، الشيخ عبد السميع إمام : المرجع السابق ص ١١٢.

(٣) سـبل السـلام للصـنعانى جـــ٣ ، ص ٣٧ طــبعة مصــطفى الـبابى الحلبى – الطـبعة الـرابعة سـنة ١٣٧٩هــــ-١٩٦٠م ، نيل الأوطار للشوكانى : جــ ٥ صـــ ١٩١ ، ط دار الكتب العلمية .

ابــن عمــر الذى استدل به الجمهور على جواز بيع الدين للمدين بثمن حال وذلــك لأن حديث ابن عمر مفسر وحديث أبى سعيد مجمل ، فيصير معنى قولــه ــ ﷺ ــ " ولا تبيعوا منها غائبا بناجز " أى : لا تبيعوا غائباً ليس فى الذمة بناجز ، وإذا حمل الحديثان على هذا فلا تعارض بينهما .

قال ابن عبد البر: " حديث ابن عمر فى اقتضاء الدنانير من الدراهم والدراهــم من الدنانير جعله قوم معارضا لحديث أبى سعيد الخدرى فى هذا الــباب لقوله: " ولا تبيعوا منها غائبا بناجز" وليس الحديثان بمتعارضين عند أكثر الفقهاء ، لأنه يمكن استعمال كل واحد منهما ، وحديث ابن عمر مفسر، وحديــث أبــى سعيد الخدرى مجمل ، فصار معناه : لا تبيعوا منها غائباً – ليس فى الذمة – بناجز ، وإذا حملا على هذا لم يتعارضا " [1] .

وأمــا قول الإمام ابن حزم : إن بيع الدين داخل فى بيوع الغرر فلا يجوز ، فعلاوة على ما سبق ذكره من مناقشة عند عرض أدلة الرأى الثانى، فإنــه يمكــن القــول أيضا: إن إلحاق بيع الدين ببيوع الغرر إنما يكون عن طــريق القياس ، والقياس لا يكون إلا عند عدم النص الذى يدل على الحكم الشرعى من إباحة ، أو حرمة ، أو غيرهما كما قيل :

إذا أعيا الفقيه وجود نص : تعلق لا محالة بالقياس[2]

وهــنا قــد وجد النص الدال على إباحة هذا النوع من البيوع ، وهو حديث رسول الله ﷺ الذى رواه ابن عمر ﵁ والذى سبق ذكره. [3]

---

(١) التمهــيد لابــن عــبد الــبر جــ١٢ ، ص ١١٩ الناشر الفاروق الحديثة للطباعة ط الأولــى ، ســنة ١٤٢٠هــــ ، ١٩٩٩ ، وأيضــا : تكملــة المجموع للسبكى جــ١٠ ص ١٠٥.

(٢) لــم أعــثر علــى قائلــه ، وهــو موجــود فــى كــتاب فضــيلة الشــيخ عيسى مــنون:نــبراس العقــول فــى تحقــيق القياس عند علماء الأصول ص ٦ طبعة إدارة المطــابع المغــيرية ، الطــبعة الأولــى ، بــدون تاريخ ، وأيضا: أستاذنا الدكــتور أحمــد عــبد العزيــز السيد: بحوث فى أصول الفقه لغير الأحناف،ص ٢ طبعة ١٤٢٠هــ-١٩٩٩.

(٣) يراجع فقرة ١١٢ من هذه الرسالة .

١٢٠ – وإذا كنت – بحمد الله تعالى – قد انتهيت إلى ترجيح رأى الجمهور القائل بجواز بيع الديون المستقرة للمدين بثمن حال ، فإننا نؤيد ما اشترطه بعضهم لصحة هذا البيع من أن يكون بسعر يومه ، وهذا الشرط اشترطه الإمامان ابن تيمية [١] ، وابن القيم ، وهو قول للإمام أحمد [٢] وهؤلاء قد استدلوا على ما اشترطوا بما يأتى :

١ – قول رسول الله ـ ﷺ ـ حينما سأله ابن عمر – رضى الله عنهما – عن بيع الدنانير بالدراهم ، والدراهم بالدنانير: " .. لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شئ" [٣] .

حيث اشترط رسول الله ـ ﷺ ـ لجواز هذا البيع أن يكون بسعر يومه ، أى بثمن المثل أو دونه لا أكثر منه ، فإذا كان البيع بأكثر من ثمن المثل فلا يجوز ، وذلك لأن الدين قبل قبضه إنما يكون من ضمان المدين ، فإذا باعه الدائن بأكثر من ثمن المثل ، فإنه يكون – والحالة هذه – قد ربح فيما لم يضمن [٤] وقد صح عن رسول الله ـ ﷺ ـ أنه نهى عن ربح ما

---

(١) ابن تيمية : هو الإمام شيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحرانى ، الدمشقى ، تقى الدين من أكابر أهل السنة والجماعة ، ومن شيوخ مذهب الإمام أحمد ، أفتى ودرس ، ودعا إلى الإصلاح ، توفى سجينا فى قلعة حلب سنة ٧٢٨هـ ، ينظر: فوات الوفيات للكتبى جـ١ ، ص٧٤ وما بعدها طبعة دار صادر بيروت ، بدون تاريخ ، الدرر الكامنة فى أعيان المائة الثامنة لابن حجر جـ١ ، ص ٤٤ ط دار الجيل سنة ١٤١٤هـ – ١٩٩٣م.

(٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام جـ٢٩ ، ص ٥١٩ ، شرح ابن القيم على سنن أبى داود جـ٩ ، ص٣٥٨ المغنى لابن قدامة جـ٤ ، ص ١٨٨ طبعة دار الفكر ، الشرح الكبير على متن المقنع جـ٤ ، ص ١٨٧ وهو مطبوع أسفل المغنى السابق ، شرح منتهى الإرادات جـ٢ ، ص ٢٠٥ طبعة دار الفكر ، التوضيح فى الجميع بين المقنع والتنقيح للشويكى جـ٢ ، ص ٦٣٧ طبعة المكتبة المكية –السعودية – الطبعة الأولى سنة ١٤١٨هـ – ١٩٩٧م ، بتحقيق : ناصر بن عبد الله بن عبد العزيز الميمان.

(٣) سبق تخريجه فقرة ١٠٨ من هذه الرسالة .

(٤) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية جـ٢٩ ، ص ٥١٩ ، أ.د. نزيه حماد : المرجع السابق ص ١٩٧.

لم يضمن . [١]

٢ – ولما روى عن عمر بن الخطاب – ﷺ – أنه " .. قال فى الرجل يسلف الرجل الدنانير أيأخذ الدراهم ؟ قال : إذا قامت على الثمن فأعطها إياه بالقيمة" [٢] .

٣ – ما روى عن إبراهيم النخعى " .. أنه لم يكن يرى بأسا باقتضاء الورق من الذهب والذهب من الورق بيعاً كان أو قرضاً ، وكان بسعر يومه.. " [٣] .

٤ – ولأن هذا البيع قد جرى مجرى القضاء فيتقيد بالمثل ، والتماثل ههنا من حيث القيمة لتعذر التماثل من حيث الصورة .[٤]

الفرع الثانى

التصرف فى الديون غير المستقرة ببيعها للمدين بثمن حال

١٢١ – تقسيم :

إذا كان الدين الذى للدائن على المدين غير مستقر ، وذلك كالمسلم فيه ، والأجرة قبل استيفاء المنفعة ، أو مضى زمنها ، والمهر قبل الدخول ونحو ذلك فقد فرق الفقهاء فى حكم بيعه للمدين بثمن حال بين ما إذا كان هذا الدين دين سلم ، وبين ما إذا كان دينا غير سلم ، وعلى ذلك فإن هذا الفرع

---

(١) وذلك فى حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم : (لا يحل سلف وبيع ولا شرطان فى بيع ، ولا ربح ما لم يضمن ، ولا بيع ما ليس عندك) ينظر : مسند أحمد جـ٦ ، ص ٢٢٨ رقم٦٦٧١ ، سنن أبى داود : كتاب البيوع باب فى الرجل يبيع ما ليس عنده جـ٣ ، ص٢٨١ رقم ٣٥٠٤، سنن الترمذى : كتاب البيوع باب ما جاء فى كراهية بيع ما ليس عندك ، وقال أبو عيسى : (وهذا حديث حسن صحيح) جـ٣ ، ص٥٢٦، ٥٢٧ رقم ١٢٣٤ ، سنن النسائى : كتاب البيوع باب سلف وبيع جـ٤ ،ص ٤٣رقم ٦٢٢٥ ، سنن ابن ماجة: كتاب التجارات – باب النهى عن بيع ما ليس عند الإنسان جـ٢ ، ص ٧٣٧ ، ٧٣٨ رقم ٢١٨٨.

(٢) مصنف عبد الرزاق جـ٨، ص ١٢٦ رقم ١٤٥٨٤.

(٣) المبسوط للسرخسى جـ١٤ ، ص ١١.

(٤) المغنى لابن قدامة جـ٤، ص ١٨٨ ، الشرح الكبير على متن المقنع جـ٤ ، ١٨٧، شرح منتهى الإرادات جـ٢،ص ٢٠٥، التوضيح فى الجمع بين المقنع والتنقيح جـ٢ ، ص ٦٣٧.

سوف يشتمل على غصنين :

الغصن الأول : بيع دين السلم للمدين بثمن حال.

الغصن الثانى : بيع الديون الأخرى غير المستقرة للمدين بثمن حال.

الغصن الأول

بيع دين السلم(١) للمدين بثمن حال

١٢٢ - اختلف الفقهاء فى حكم بيع دين السلم (المسلم فيه) للمدين (المسلم

---

(١) -(أ) **معنى السلم فى اللغة** : السلم فى اللغة التقديم والتسليم ، جاء فى لسان العرب جـ٦ ، ص ٣٤٦ : (اسلم ، وسلم : إذا أسلف ،وهو أن تعطى ذهباً أو فضة فى سلعة معلومة إلى أمد معلوم ، فكأنك قد أسلمت الثمن إلى صاحب السلعة وسلمته إليه) وجاء فيه أيضا جـ٦ ، ص ٣٣١) .. (ويقال له السلف ، قال الأزهرى : كل مال قدمته فى ثمن سلعة مضمونة اشتريتها لصفة فهو سلف وسلم) .

(ب) **تعريف السلم فى اصطلاح الفقهاء** : اختلف الفقهاء فى تعريفهم للسلم تبعاً لاختلافهم فى بعض شروطه :

١ - فعرفه الحنفية بأنه : (اسم لعقد يوجب الملك فى الثمن عاجلا وفى المثمن آجلا) ينظر : الاختيار لتعليل المختار للموصلى جـ٢، ص ٣٣ طبعة دار الكتب العلمية بيروت بدون تاريخ.

٢ - وعرفه المالكية بأنه : (بيع معلوم فى الذمة محصور بالصفة بعين حاضرة ، أو ما هو فى حكمها إلى أجل معلوم) ينظر : الجامع لأحكام القرآن للقرطبى جـ٢ ، ص ١٢٩٨.

٣ - وعرفه الشافعية بأنه : (عقد على موصوف فى الذمة ببدل يعطى عاجلاً) ، ينظر : روضة الطالبين للنووى جـ٤ ، صـ ٣ طبعة المكتب الإسلامى الطبعة الثانية سنة ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.

٤ - وعرفه الحنابلة بأنه : (عقد على موصوف فى الذمة بثمن مقبوض فى مجلس العقد) ينظر: زاد المستقنع للحجاوى مع الروض المربع للبهوتى : جـ٢ ، صـ ١٨٦ ،هذا والسلم يطلق عليه سلم ، وسلف ، فالأول لغة أهل الحجاز ، والثانى لغة أهل العراق ينظر : الحاوى الكبير للماوردى جـ٥ ، ص ٣٨٨ طبعة دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى سنة ١٤١٤هـ -١٩٩٤ ، وإنما غلب على هذا العقد اسم السلم ، لأن السلف يطلق على القرض أيضا ينظر : الجامع لأحكام القرآن للقرطبى جـ٢ ، ص ١٢٩٩. ويسمى الفقهاء المشترى فى عقد السلم (رب السلم) أو (المسلم) ويسمون البائع (المسلم إليه) كما يسمون الشىء المبيع (المسلم فيه) وأخيرا يسمون الثمن (رأس مال السلم).

إليه) بثمن حال على ثلاثة آراء :

١٢٣ – **الرأى الأول** : وهو لجمهور الفقهاء من الحنفية [١] ، والشافعية [٢] وجمهور الحنابلة[٣] والظاهرية [٤] ويرون عدم جواز بيع دين السلم للمدين بثمن حال مطلقا ، أى: سواء كان طعاما أو غير طعام.

والقول بعدم الجواز مروى عن عبد الله بن عمر[٥] – رضى الله عنهما – وابن سيرين [٦] والحسن البصرى [٧] ، والثورى [٨] ،

---

(١) بدائع الصنائع جـ٥ ، ص ٢١٤ وفيه : (لا يجوز استبدال السلم فيه قبل قبضه ، بأن يأخذ رب السلم مكانه من جنسه ، لما ذكرنا أن المسلم فيه وإن كان دينا فهو مبيع ولا يجوز بيع المبيع المنقول قبل القبض) ، وأيضا : تبين الحقائق وحاشية الشلبى عليه ، جـ٤ ، ص١١٨.

(٢) الأم للإمام الشافعى جـ٦ ،ص ٤٣٠ تحقيق الدكتور بدر الدين حسون ، طبعة دار قتيبة الطبعة الأولى سنة ١٤١٦هـ-١٩٩٦م ، مغنى المحتاج جـ٢ ،ص ٧٠ وفيه : (ولا يصح بيع المسلم فيه ، ولا الاعتياض عنه قبل قبضه ..) وأيضا أسنى المطالب جـ٢،ص٨٤.

(٣) المغنى لابن قدامة جـ٤ ، ص ٣٧١ مسألة رقم ٣٢٣٧ وفيه : (.. وأما بيع المسلم فيه من بائعه فهو أن يأخذ غير ما أسلم فيه عوضاً عن المسلم فيه ، فهذا حرام ، سواء كان المسلم فيه موجوداً ، أو معدوماً ، وسواء كان العوض مثل المسلم فيه فى القيمة أو أقل أو أكثر ..) وأيضا : شرح الزركشى على مختصر الخرقى جـ٤ ، ص ١٧ الناشر : مكتبة العبيكان – الرياض سنة ١٤١٣هـ-١٩٩٣م ، المبدع فى شرح المقنع جـ٤ ، ص ١٩٧، ١٩٨.

(٤) المحلى لابن حزم جـ٨ ، ص ٥٠٣ مسألة رقم ١٦٩٢.

(٥) مصنف عبد الرزاق جـ٨ ، ص ١٤ الأثر رقم ١٤١٠٦ وفيه : (.. عن ابن عمر قال : إذا اسلفت فى شئ فلا تأخذ إلا رأس مالك ، أو الذى سلفت فيه) وأيضا : الأثر رقم ١٤١٠٩.

(٦) مصنف عبد الرزاق جـ ٨ ، ص ١٤ الأثر رقم (١٤١٠٨) وفيه : (...... أخبرنا إبراهيم بن عبد الرحمن عن عبد الكريم عن الحسن وابن سيرين مثله).

(٧) مصنف عبد الرزاق جـ ٨ ، ص ١٤ الأثر رقم (١٤١٠٧) وفيه : (...... عن الحسن قال :إذا سلفت سلفاً فلا تصرفه فى شئ حتى تقبضه)

(٨) اختلاف الفقهاء لأبى جعفر محمد بن جرير الطبرى ص ٩٢ طبعة دار الكتب العلمية – الطبعة الثانية . وفيه : (وقال الثورى : لا يجوز شئ من ذلك إلا بعد القبض حدثنى بذلك على عن زيد عنه .)

والأوراعى [1] .

١٢٤- **الرأى الثانى** : وهو لابن تيمية وابن القيم ، وهو رواية عن الإمام أحمد [2] ويرون أنه يجوز بيع دين السلم " المسلم فيه " للمدين " المسلم إليه " بثمن حال ، وذلك إذا كان هذا البيع بثمن المثل ، أو دونه لا أكثر منه .

١٢٥- **الرأى الثالث** : وهو للمالكية ويرون التفرقة بين الطعام وغيره ، فإذا كان دين السلم " المسلم فيه " طعاماً لم يجز بيعه للمدين (المسلم إليه) .

أما إذا كان دين السلم غير طعام فإنه يجوز بيعه للمدين (المسلم إليه) بثمن حال إذا كان هذا الثمن هو ثمن المثل ، أو أقل منه لا أكثر. [3]

---

(١) المرجع السابق الصفحة نفسها ، وفيه : (... وسئل عن رجل أسلف إلى رجل فى ثياب فقال : وقد عملتها لك فبعنيها) قال : (لا يبيعها منه فإنه بيع ما لم يستوف ، وقد نهى عن ذلك فى الطعام ، وسائر البيوع عندنا كذلك ...) وكذلك سنن الأوزعى : للشيخ مروان محمد الشعار كتاب المسلم ص ٤٨٩ طبعة دار النفائس بيروت الطبعة الأولى سنة ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م .

والإمام الأوزاعى هو :هو شيخ الإسلام فقيه الشام : أبو عمر عبد الرحمن بن عمرو بن محمد الدمشقى ولد فى (بعلبك) وربى يتيما فقيرا فى حجر أمه ، قال عنه الحاكم : (الأوزاعى إمام عصره عموماً وإمام أهل الشام خصوصاً) ، انتشر مذهبه فى الشام والأندلس مدة من الدهر ثم فنى العارفون به وبقى منه ما يوجد فى كتب الخلاف - توفى سنة ١٥٧هـ - ينظر : تذكرة الحفاظ جـ ١ ،ص ١٧٨ ، الأعلام جـ ٣ ، ص ٣٢٠ .

(٢) مجموعة فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية جـ ٢٩ ، ص ٥٠٤ ، ٥٠٥ ، ٥١٠ ، ٥١١ ، ٥١٨ - ٥١٩ ، شرح سنن أبى داود لابن القيم جـ ٩ ، ص ٣٥٥ وما بعدها طبعة المكتبة السلفية - المدينة المنورة - الطبعة الثانية سنة ١٣٨٨هـ - ١٩٦٩م ، وهو مطبوع أسفل عون المعبود شرح سنن أبن داود للعلامة شمس الحق العظيم أبادى .

(٣) المدونة جـ ٩ ، ص ٨٧ ، القوانين الفقهية لابن جزى ص ٢٦٦ طبعة دار الكتاب العربى بيروت الطبعة الأولى سنة ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م ، شرح الخرشى على مختصر خليل جـ ٥ ، ص ٢٢٧ ،حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٣ ، ص ٢٢٠- ٢٢١ .

جاء فى القوانين الفقهية : " من أسلم فى طعام لم يجر لـــه أن يأخذ عـــنه غـــير طعام ، ولا أن يأخذ طعاما من جنس آخر ، سواء كان ذلك قبل الأجل أو بعده ؛ لأنه من بيع الطعام قبل قبضه فإن أسلم فى غير طعام جاز أن يأخذ غيره إذا قبض الجنس الآخر مكانه ، فإن تأخر القبض عن العقد لم يجز ؛ لمصيره إلى الدين بالدين " [١] .

وجـــاء فـــيها أيضا : " يجوز بيع العرض المسلم فيه قبل قبضه من بائعه بمثل ثمنه أو أقل لا أكثر ؛ لأنه يتهم فى الأكثر بسلف جر منفعة " [٢].

غـــير أن المالكية يقيدون جواز بيع دين السلم (المسلم فيه) للمدين (المسلم إليه) بشروط خمسة :

١ - أن يكون الدين (المسلم فيه) مما يباع قبل قبضه :

وذلـــك كمـــا لو أسلم شخص ثوباً فى حيوان ، فأخذ عنه دراهم ، إذ يجـــوز بـــيع الحيوان قبل قبضه ، وذلك بخلاف ما لو أسلم فى طعام ، فلا يجـــوز أن يؤخذ بدلاً منه غيره من نقد أو عرض ، أو طعام من غير جنسه كفول عن قمح ، وذلك للنهى عن بيع الطعام قبل قبضه .

٢ - أن يكون العوض مما يباع بالدين (المسلم فيه) يداً بيد :

وذلك كما لو أسلم دراهم فى ثوب ، فأخذ عوضاً عنه (مكواه) من نـــوع معيـــن ، أو (مذياع) من نوع معين ، إذ يجوز بيع كل من (المكواه) و(المذياع) بالثوب يدا بيد.

وذلك بعكس ما لو أسلم فى حيوان ، فلا يجوز أن يؤخذ عوضا عنه لحم غير مطبوخ وذلك لعدم جواز بيع اللحم بالحيوان يداً بيد .

٣ - أن يكون العوض المأخوذ مما يجوز أن يسلم فيه رأس المال :

وذلـــك كما لو أسلم دراهم فى حيوان ، فأخذ بدلاً عن ذلك الحيوان ثوبا ،فإن ذلـــك جائز ، إذ يجوز أن يسلم الدراهم فى الثوب وذلك بخلاف ما إذا كان

---

(١) ص ٢٦٦ .

(٢) ص ٢٦٧

البدل مما لا يجوز أن يسلم فيه رأس المال ، كما لو أخذ بدلا عن الحيوان – فـــى المثال السابق – دنانير فإن ذلك لا يجوز إذ لا يجوز إسلام الدراهم فى الدنانير أو العكس – لما يؤدى إليه ذلك من الصرف المؤخر .

٤ – **أن يعجل العوض المأخوذ حتى لا يؤدى إلى فسخ دين فى دين** : [١]

٥ – أن يكـــون العوض مساوياً لثمن الدين ، أو أقل منه لا أكثر ، لئلا يتهم بسلف جر نفعاً ، إذا ما كان العوض أكثر ثمناً من الدين (المسلم فيه) [٢].

١٢٦ – الأدلـــة :

١٢٧ – أولاً : أدلـة الـرأى الأول :

وقـــد استدل أصحاب الرأى الأول على ما ذهبوا إليه من عدم جواز بيع دين السلم (المسلم فيه) للمدين (المسلم إليه) بثمن حال بالسنة ، والإجماع ، والمعقول :

١٢٨ – ١ – من السنة : ما روى عن أبى سعيد الخدرى ـــ ﷺ ـــ أنه قال : قال رسول الله ـــ ﷺ ـــ : " من أسلم فى شئ فلا يصرف إلى غيره " [٣] .

---

(١) شـــرح الخرشـــى علـــى مختصـــر خلـــيل جــــ ٥ ، ص ٢٢٧ ، الشرح الكبير وحاشـــية الدســـوقى علـــيه جــــ ٣ ، ص ٢٢٠ ، ٢٢١ جواهر الإكليل للأبى جــ ٢ ، ص ٧٥ ، القوانيـــن الفقـــيهة لابـــن جـــزى ص ٢٦٦ ، الشرح الصغير على أقـــرب المســـالك للدرديـــر جــــ ٣ ، ص ١١٤ – طـــبعة المعاهد الأزهرية سنة ١٤٠٥هـــ – ١٩٨٥م .

(٢) الاســـتذكار لابـــن عـــبد الـــبر جــ ٢٠ ، ص ١٥٣ وفيه : (فلا يجوز بيعها من الـــذى هـــى علـــيه إلا بمـــثل رأس المـــال ، أو أقـــل ... لأنه إن باعه بأكثر كان ذلـــك فضـــة ، أو ذهـــباً بـــأزيد مـــنها إلـــى أجـــل) وأيضا : القوانين الفقهية ، ص ٢٦٧

(٣) ســـنن أبـــى داود حديـــث رقـــم ٣٤٦٨ كتاب البيوع باب السلف لا يحول جــ٣ ، ص ٢٧٤ ، ســـنن ابـــن ماجـــه حديـــث رقم ٢٢٨٣ كتاب التجارات باب من أسلم فـــى شـــئ فـــلا يصـــرفه إلـــى غـــيره جــ٢ ، ص ٧٦٦ السنن الكبرى للبيهقى حديـــث رقـــم ١١١٥٣ كـــتاب البـــيوع بـــاب مـــن سلف فى شئ فلا يصرفه إلى غـــيره جــــ٦ ، ص ٥٠ طـــبعة دار الكتـــب العلمية بيروت – الطبعة الأولى سنة ١٤١٤هــــ – ١٩٩٤م ، ســـنن الدارقطـــنى جــــ٣ ، ص ٤٥ طبعة عالم الكتب بيروت.

وجه الاستدلال من الحديث : إن الضمير فى قوله : (إلى غيره) راجع إلى شئ وهو المسلم فيه ، وعلى ذلك يصير معنى الحديث : لا يحل جعل المسلم فيه ثمناً لشيء قبل قبضه ، بحيث لا يجوز بيعه أو صرفه إلى شئ آخر غير عقد المسلم .

قال الشوكانى[1] فى نيل الأوطار: "والظاهر أن الضمير راجع إلى المسلم فيه لا إلى ثمنه .. والمعنى : أنه لا يحل جعل المسلم فيه ثمناً لشيء قبل قبضه ولا يجوز بيعه قبل القبض أى : لا يصرفه إلى شئ قبل عقد السلم.. " [2] .

مناقشة هذا الاستدلال : ويناقش هذا الاستدلال من وجهين :

الوجه الأول : إن هذا الحديث ضعيف ، لا تقوم به حجة ، كما ذكر علماء الحديث ، قال الحافظ ابن حجر[3] : " فيه عطية بن سعد العوفى [4] وهو ضعيف ، وأعله أبو حاتم

---

(١) **الشوكانى** : هو الإمام محمد بن على بن محمد ، فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن من صنعاء ، ولد بهجرة شوكان ، ونشأ بصنعاء ، وولى قضاءها سنة ١٢٢٩هـ ومات حاكماً بها ومن مؤلفاته : (إرشاد الفحول) فى أصول الفقه،(ونيل الأوطار) فى الحديث وغيرها توفى سنة١٢٥٠هـ ينظر:الأعلام للزركلى جـ٦ ، ص ٢٩٨.

(٢) جـ٥، ص ٢٢٩ ، وأيضا : عون المعبود شرح سنن أبى داود للعلامة محمد شمس الحق العظيم أبادى جـ٩ ، ص ٣٥٤ طبعة المكتبة السلفية – المدينة المنورة – الطبعة الثانية سنة ١٣٨٨هـ -١٩٦٩م.

(٣) **ابن حجر**: هو الإمام الحافظ أحمد بن على بن محمد الكنانى العسقلانى من أئمة العلم والتاريخ أصله من عسقلان بفلسطين ، ولد بالقاهرة ، وبها توفى ، أنكب على الحديث ورحل فى طلبه ، وولى القضاء مرات وتصانيفه كثيرة منها : (فتح البارى فى شرح صحيح البخارى) (والدرر الكامنة فى أعيان المائة الثامنة) و غيرها كثير توفى – رحمه الله – سنة ٨٥٢هـ ينظر : الضوء اللامع لأهل القرن التاسع للسخاوى جـ٢ ، ص ٣٦ منشورات دار مكتبة الحياة – بيروت بدون تاريخ ، الأعلام جـ ١ ، ص ١٧٨.

(٤) **عطية بن سعد العوفى** : هو عطية بن سعد بن جناده العوفى الجدلى القيسى الكوفى ، أبو الحسن من رجال الحديث ، كان يعد من شيعة أهل الكوفة ، خرج مع ابن الأشعث ، ثم استقر بخراسان هرباً من الحجاج ولما ===

والبيهقي[١] وعبد الحق[٢] وابن القطان[٣] بالضعف والاضطراب.[٤]

الجواب عن هذا الوجه : ويجاب عن هذه المناقشة بأن عطية بن سعد العوفي وإن كان قد ضعفه بعض علماء الحديث ، فقد وثقه غيرهم كابن معين .[٥]

الوجه الثاني : إن هذا الحديث على فرض صحته لا يدل على منع بيع دين السلم (المسلم فيه) للمدين بثمن حال وذلك لأن معنى قوله ـ ﷺ ـ (لا يصرفه إلى غيره) أي : لا يصرف المسلم فيه إلى سلم آخر ، ولا يبيعه بثمن مؤجل .

قال الإمام ابن تيمية : " المراد به أن لا يجعل السلف سلماً في شئ

=== ولي العراق عمر بن هبيرة أذن له في القدوم فعاد إلى الكوفة وتوفي بها سنة ١١١هـ، ينظر : تهذيب التهذيب جـ٧ ، ص ٢٢٥،٢٢٦ ، الأعلام جـ٤ ، ص ٢٣٧.

(١) **البيهقي:** هو الإمام أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي الخسروجردي ، نسبة إلى (خسروجرد) ببيهق : الشافعي الحافظ ، صاحب التصانيف ، له السنن الكبرى والصغرى ، قال عنه إمام الحرمين : ما من شافعي إلا وللشافعي عليه منة ، إلا البيهقي ، فإن له على الشافعي منه لتصانيفه في نصرة مذهبه ، توفي سنة ٤٥٨هـ ينظر : شذرات الذهب جـ٢ ، ص ٣٠٤،٣٠٥، الأعلام جـ١ ، ص١١٦.

(٢) **عبد الحق:** هو الإمام الحافظ عبد الحق بن عبد الرحمن بن عبد الله الأزدي الإشبيلي ، المعروف بابن الخراط كان فقيهاً عالما بالحديث وعلله ورجا له، له الكثير من المؤلفات منها (المعتل من الحديث) و (الأحكام الشرعية) توفي سنة ٥٨١هـ ينظر : تهذيب الأسماء واللغات للنووي جـ١ ، ص ٢٩٢ طبعة دار الكتب العلمية ، فوات الوفيات جـ٢ ، ص ٢٥٦ ، ٢٥٧.

(٣) **ابن القطان :** هو الإمام يحيى بن سعيد بن فروخ القطان التميمي ، أبو سيعد من حفاظ الحديث ثقة حجة من أهل البصرة قال عنه الإمام أحمد : (ما رأيت بعيني مثله) توفي – رحمه الله – سنة ١٩٨هـ تاريخ بغداد جـ١٤، ص ١٣٥ وما بعدها ، شذرات الذهب جـ١ ، ص ٣٥٥ ، الأعلام جـ٨ ، ص ١٤٧.

(٤) التلخيص الحبير جـ٣ ، ص ٢٥ وأيضا : تهذيب التهذيب جـ٧ ، ص ٢٢٤ -٢٢٦.

(٥) ميزان الاعتدال جـ٣ ،ص ٧٩ ، ٨٠ ترجمة رقم ٥٦٦٧.

أخر فيكون معناه : النهى عن بيعه بشئ معين إلى أجل ، وهو من جنس بيع الديـــن بالدين ولهذا قال: " لا يصرفه إلى غيره " أى : لا يصرف المسلم فيه إلـــى مسلم فيه آخر ومن اعتاض عنه بغيره قابضاً للعوض لم يكن قد جعله سلما فى غيره " (١) .

١٢٩ – ٢- **الإجمـــاع** : فقـــد حكى بعض الحنابلة الإجماع على أنه لا يجوز بـــيع دين السلم (المسلم فيه) قبل قبضه، فقد قال الإمام ابن قدامة (٢) : " أما بيع المسلم فيه قبل قبضه فلا نعلم فى تحريمه خلافا " (٣) .

مناقشة دعوى الإجماع : ويناقش هذا بأن دعوى الإجماع هذه غير مسلمة إذ كـــيف تصح هذه الدعوى مع خلاف ابن عباس – رضى الله عنهما – وعالم المدينة مالك بن أنس (٤) ـــ ﷺ ـــ ؟!

والظاهر أن ابن قدامة – رحمه الله – قد قال ذلك بحسب ما علمه هو لا بحسب الواقع ونفس الأمر. (٥)

١٣٠ – ٣ –**مـــن المعقـــول** : وقد استدل الجمهور على ما ذهبوا إليه من عدم

---

(١) الفـــتاوى جـــ٢٩ ، ص ٥١٧ ، شرح سنن أبى داود لابن القيم جـــ٩ ، ص ٣٥٦، عون المعبود للمباركفورى جـــ٩ ، ص ٣٥٤

(٢) ابـــن قدامـــة : هـــو الإمـــام عـــبد الله بـــن أحمـــد بن محمد بن قدامة الجماعيلى المقدســـى ، أبـــو محمـــد موفـــق الديـــن فقـــيه مـــن أكابـــر الحنابلة ، ولد فى (جماعـــيل) مـــن قـــرى نـــابلس بفلسطين ، وتعلم فى دمشق ورحل إلى بغداد ، ثـــم عـــاد إلـــى دمشـــق وبهـــا توفـــى سنة ٦٢٠ هـــ لـــه مؤلفات كثيرة منها : (المغـــنى) و (الكـــافى) فـــى الفقـــه و (روضة الناظر) فى أصول الفقه ، وغـــيرها كثـــير . يـــنظر : شـــذرات الذهـــب جـــ٥ ،ص٨٨ ، الـــزيل على طـــبقات الحـــنابلة لابـــن رجـــب جـــ٢ ، ص ١٣٣ ومـــا بعدهـــا طـــبعة دار المعرفة بيروت بدون تاريخ .

(٣) المغـــنى جـــ٤ ، ص ٣٧٠ مســـألة رقـــم ٣٢٣٧، وكذلـــك : المـــبدع فى شرح المقنع لابن مفلح جـــ٤ ، ص ١٩٧

(٤) فـــتاوى ابـــن تيمـــية جـــ٢٩ ، ص ٥٠٦ . شـــرح ابن القيم على سنن أبى داود جـــ٩ ، ص٣٥٣.

(٥) فتاوى ابن تيمية : المرجع والمكان السابقان.

جواز بيع دين السلم (المسلم فيه) للمدين (المسلم إليه) بثمن حال بالمعقول وذلك من أربعة أوجه :

الوجه الأول : إن المسلم فيه وإن كان دينا فى ذمة المسلم إليه إلا أنه دين غير مستقر ، وبالتالى لا يجوز بيعه للمدين ؛ لأنه لا يؤمن من فسخ العقد بسبب انقطاع المسلم فيه وامتناع الاعتياض عنه .[1]

مناقشة هذا الوجه : ويناقش هذا بأن القول بأنه : " لا يؤمن من فسخ العقد بسبب انقطاع المسلم فيه وامتناع الاعتياض عنه " يمكن أن يتصور فى بيع دين السلم (المسلم فيه) إلى غير المدين (المسلم إليه) أما بيعه إلى المدين (المسلم إليه)فلا يتصور فيه ذلك ؛ وذلك لأنه نوع من الوفاء وليس بيعا محضاً حتى يتمكن فيه الغرر .[2]

الوجه الثانى : إن المسلم فيه وإن كان دينا ثابتا فى ذمة المدين (المسلم إليه) إلا أنه مبيع[3] ، وقد ثبت أن رسول الله ـ ﷺ ـ نهى عن بيع المبيع قبل قبضه ، وذلك فى مثل ما روى عن حكيم ابن حزام أنه قال : قلت يا رسول الله ، إنى اشترى بيوعاً فما يحل لى منها وما يحرم علىّ؟ قال : فإذا اشتريت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه. "[4]

مناقشة هذا الوجه : ويناقش هذا بأن النهى عن بيع ما لم يقبض إنما يكون فى الأعيان فهى التى لا يجوز بيعها قبل قبضها ، أما الديون الثابتة فى الذمة فإن الاعتياض عنها إنما هو من جنس الاستيفاء ، وفائدته: سقوط ما فى ذمته عنه لا حدوث ملك لــه ، فلا يقاس بيع المسلم فيه للمدين قبل قبضه على بيع الأعيان قبل قبضها ، وذلك لأن البيع المعروف هو أن يملك المشترى ما

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣٢٦ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ، ص ٣٥٠.

(٢) فتاوى شيخ الإسلام جـ٢٩ ، ص ٥١٢ ، ٥١٣.

(٣) بدائع الصنائع جـ٥ ، ص ٢١٤ .

(٤) مسند أحمد جـ١٢ ، ص ١٣٠ حديث رقم ١٥٢٥٣.

اشتراه ، وهنا لم يملك شيئا بل سقط الدين من دمته.[١]

الوجـــه الثالث : إن دين السلم (المسلم فيه) قبل قبضه إنما هو مضمون من الـــبائع (المســـلم إلـــيه) ولم ينتقل إلى ضمان المشترى(رب السلم) فلو باعه المشـــترى للمسلم إليه بزيادة فإنه والحالة هذه يكون قد ربح فيما لم يضمن ، وقد صح عن النبى ــ ﷺ ــ النهى عن ربح ما لم يضمن.[٢]

مناقشـــة هذا الوجه : وقد ناقش ابن القيم ذلك بقوله: " وأما استدلالكم بنهى النـــبى ــ ﷺ ــ عن ربح ما لم يضمن : فنحن نقول بموجبه ، وأنه لا يربح فـــيه كما قال ابن عباس : خذ عوضا بأنقص منه ولا تربح مرتين"[٣] فنحن إنمـــا نجـــوز له فى أن يعاوض عنه بسعر يومه كما قال النبى ﷺ لعبد الله بـــن عمـــر فـــى بيع النقود فى الذمة " لا بأس أن تأخذها بسعر يومها "[٤] فالنبى ــ ﷺ ــ إنما جوز الاعتياض عن الثمن بسعر يومه لئلا يربح فيما لم يضمن.." [٥] .

الـــوجـــه الـــرابـــع : إن دين السلم (المسلم فيه) إنما هو دين مضمون للدائـــن (رب الســـلم) على المدين (المسلم إليه) فلو جوزنا للدائن أن يبيعه للمديـــن قـــبل قبضه لصار مضمونا على الدائن (رب السلم) للمدين (المسلم إليه) فيتوالى فى المبيع ضمانان .

منـــاقشـــة هـــذا الـــوجـــه : وقد ناقش ابن القيم ذلك بأمرين:

الأمـــــر الأول : إن تـوالـــى الضمانين غير موجود هنا أصلاً ؛ وذلك لأن الديـــن (المسلم فيه) مضمون للدائن(رب السلم) فى ذمة المدين (المسلم إليه)

---

(١) فـــتاوى شـــيخ الإســـلام ابـــن تيمـــية جــــ٢٩ ، ص٥١٢ ، شرح ابن القيم على سنن أبى داود جـــ٩ ، ص ٣٥٦،٣٥٧.

(٢) سبق تخريجه فقرة ١٢٠ من هذه الرسالة.

(٣) مصنف عبد الرزاق جـــ٨ ، ص ١٦ فى الأثر رقم ١٤١٢٠ وسوف يأتى هذا الأثر حالاً عند عرض أدلة الرأى الثانى .

(٤) سبق تخريجه فقرة ١١٢ من هذه الرسالة .

(٥) شرح ابن القيم لسنن أبى داود جـــ٩ ، ص٣٥٨.

فـإذا باعـه الدائن للمدين لم يصر مضمونا على الدائن بحال من الأحوال ؛ وذلك لأنه مقبوض فى ذمة المدين فمن أى وجه يكون مضموناً على البائع ؟!
نعـم : يمكن لنا أن نتصور توالى الضمانين فى حالة غير الحالة التى معنا ، وهـى حالـة ما إذا باع الدائن دين السلم لغير المدين ، وذلك لأنه فى هذه الحالـة يكـون الديـن (المسلم فيه) مضموناً للدائن (رب السلم) على المدين (المسـلم إلـيه) ، ومضموناً على الدائن للمشترى الجديد ، فهنا فقط يتوالى ضمانان .
الأمـر الـثانـى : أنه لا محذور فى توالى الضمانين ، إذ إنه ليس بوصف يستلزم مفسدة يحرم العقد لأجلها وأين الشاهد من أصول الشريعة لتأثير هذا الوصف ؟ وأى حكم علق الشارع فساده على توالى الضمانين ؟ وما كان من الأوصاف هكذا فهو طردى لا تأثير له . (١)
١٣١ – ثـانيـاً : أدلـة الـرأى الـثانـى :
واستدل أصحاب الرأى الثانى على ما ذهبوا إليه من جواز بيع دين السلم (المسلم فيه) للمدين (المسلم إليه) بثمن حال إذا كان بثمن المثل أو دونه لا أكثر منه ، أقول : استدل هؤلاء بالأثر والمعقول :
١٣٢ – ١ – **مـن الأثـر** : ما روى عن ابن عباس – رضى الله عنهما – أنـه قـال : " إذا أسلفت فى شئ إلى أجل فإن أخذت ما أسلفت فيه وإلا فخذ عوضاً أنقص منه ولا تربح مرتين" (٢) .
وجه الاستدلال من هذا الأثر : إن هذا الأثر الذى روى عن الصحابى الجليل عـبد الله بن عباس يدل دلالة واضحة على جواز بيع دين السلم للمدين بثمن حال إذا كان هذا البيع بثمن المثل أو أقل منه لا أكثر. (٣)
١٣٣ – ٢ – **مـن المعقـول** : أما استدلالهم بالمعقول فمن وجهين :

---

(١) شرح ابن القيم لسنن أبى دواد جـ٩ ، ص ٣٥٩.
(٢) مصنف عبد الرزاق جـ٨ ، ص ١٦ الأثر رقم ١٤١٢٠ .
(٣) شرح ابن القيم لسنن أبى داود جـ٩ ، ص٣٥٥.

الــوجـــه الأول : إن دين السلم إنما هو دين ثابت فى ذمة المدين (المسلم إليه) فجاز الاعتياض عنه قياساً على بدل القرض ، وثمن المبيع ، والصداق، وبدل الخلع [1] .

الــوجـه الــثانــى : إن دين السلم (المسلم فيه) هو أحد العوضين فى البيع ، فجاز الاعتياض عنه كالعوض الآخر[2] .

وأما دليلهم على عدم جواز بيع دين السلم (المسلم فيه) للمدين (المسلم إليه) بأكثر من قيمته فهو أن دين السلم مضمون على البائع ، ولم ينتقل إلى ضمان المشترى فلو باعه المشترى (رب السلم) للمدين (المسلم إليه) بزيادة عــن قيمته فإنه يكون قد ربح فيما لم يضمن [3] ، وقد سبق أن قلنا : إنه قد صح عن رسول الله ـــ ﷺ ـــ أنه نهى عن ربح ما لم يضمن [4] .

١٣٤ – ثـالثـاً : أدلـة الـرأى الثـالـث :

اســتدل أصحاب الرأى الثالث (المالكية) على ما ذهبوا إليه من التفرقة بين الطعام وغيره حيث منعوا بيع دين السلم (المسلم فيه) للمدين (المسلم إليه) إذا كــان طعامــاً ، وأجــازوه إذا كــان غـــير طعام بالشروط التى ذكروها ، **أقــول : اســتدلــوا علــى ذلك بالســنة :**

١ – مــا روى عن ابن عمر – رضى الله عنهما – قال : قال رسول الله ـــ ﷺ ـــ " من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه " [5] .

٢ – مــا روى عن ابن عباس – رضى الله عنهما– أن رسول الله ـــ ﷺ ـــ

---

(1) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية جــ٢٩ ، ص ٥١٩.

(2) المرجع السابق ، الموضع نفسه .

(3) أ.د نزيه حماد : بيع الدين ، مرجع سبق ذكره ص ٢٠٠.

(4) سبق تخريجه فقرة ١١٦ من هذه الرسالة .

(5) هــذا الحديــث مــتفق علــيه يــنظر : صــحيح البخارى كتاب البيوع ، باب الكيل علــى الــبائع والمعطــى جـــــ٢ ، ص٦٣٤ حديــث رقم ٢١٢٦ ، صحيح مسلم بشــرح الــنووى كــتاب البــيوع بــاب بطــلان بــيع المبــيع قــبل القــبض جــ١٠ ، ص١٦٩.

نهى عن أن يبيع الرجل طعاما حتى يستوفيه" [1] .

وجــه الاستدلال من الحديثين : إن رسول الله ــ ﷺ ــ قد خص الطعام ألا يباع قبل قبضه فيقتصر المنع على محل النص وهو الطعام ، ويبقى ما عداه على الجواز. [2]

منــاقشــــة هــــذا الاســتدلال : ويمكن مناقشة تفرقة المالكية بين الطعام وغــيره بأن بيع دين السلم للمدين إنما جوز تبعاً لرأى ابن عباس ــ رضي الله عنه ــ حيــث يقول : " إذا أسلفت فى شئ إلى أجل فإن أخذت ما أسلفت فيه ، وإلا فخذ عوضاً انقص منه ، ولا تربح مرتين " [3] وابن عباس الذى قال هذا هو نفسه الذى روى عن رسول الله ــ ﷺ ــ أنه نهى عن أن يبيع الرجل طعاما حتى يستوفيه" ثم قال ابن عباس ــ رضي الله عنه ــ بعد ذلك " وأحسب كل شئ بمنزلة الطعام" [4] .

فابن عباس لا يجوز البيع قبل القبض ، ويجوز بيع دين السلم للمدين إذا لم يربح ، ولم يفرق فى كلتا الحالتين بين الطعام وغيره. [5]

١٣٥ – **الترجــيــح** : بعــد عرض آراء الفقهاء فى هذه المسألة يتضح – والله أعلم – أن الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب الرأى الثانى القائلون بجواز بيع ديــن السلم (المسلم فيه) للمدين (المسلم إليه) بثمن حال بمثل ثمنه أو أقل منه لا أكثر وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها عن المعارضة.

---

(١) هــذا الحديــث مــتفق علــيه واللفــظ للــبخارى ، ينظر : صحيح البخارى كتاب البــيوع بــاب مــا يذكــر فى بيع الطعام والحكرة جــ٢ ، ص٦٣٣ حديث رقم ٢١٣٢ : صــحيح مســلم بشــرح الــنووى : كــتاب البــيوع بــاب بطلان بيع المبيع قبل القبض جــ١٠ ،ص١٦٨.

(٢) الاستذكار لابن عبد البر جــ٢٠ ، ص١٥٤.

(٣) سبق تخريجه فقرة ١٢٨ من هذه الرسالة .

(٤) الاســتذكار لابــن عــبد الــبر جــ٢٠ ، ص ١٥٢ ، سبل السلام جــ٣ ، ص١٥ وفيه أن ابن عباس قال : (ولا أحسب كل شئ إلا مثله) .

(٥) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية جــ٢٩ ، ص٥١٤.

أمـــا مـــا استدل به جمهور الفقهاء على عدم الجواز من السنة وهو حديث أبى سعيد " من أسلم فى شئ فلا يصرفه إلى غيره " [١] فقد نوقش بأنه ضعيف وقد سبق بيان وجه ضعفه وحتى على فرض صحته فإن معنى " لا يصرف إلى غيره " أى: لا يصرفه إلى سلم آخر ، أو لا يبيعه بثمن مؤجل .

وأمـــا دعواهم الإجماع على عدم الجواز فقد سبق بيان أنها منقوضة بمخالفة ابن عباس – رضى الله عنهما – والإمام مالك ، وابن تيمية ، وابن القيم من الحنابلة . وأما أدلتهم من المعقول فقد تمت مناقشتها – أيضا – كما سبق بيانه .

قـــال ابـــن القيم : " فثبت أنه لا نص فى التحريم ، ولا إجماع ، ولا قياس ، وأن النص والقياس يقتضيان الإباحة " [٢] .

وأمـــا رأى المالكـــية (الرأى الثالث) فهو يتشابه إلى حد بعيد مع ما ذهب إليه ابن تيمية وابن القيم (أصحاب الرأى الثانى) .

فكـــلا الرأيين يجيز للدائن(رب السلم) أن يبيع الدين (المسلم فيه) إلى المدين (المسلم إليه) بثمن حال ويشترط لذلك أن يكون ذلك بثمن المثل أو أقل لا أكثر ؛ لئلا يتهم فى الأكثر بسلف جر نفعا [٣] أو لئلا يؤدى ذلك إلى ربح ما لم يضمن .

أما ما يختلف فيه رأى المالكية (الرأى الثالث) عن رأى ابن تيمية وابن القيم (الـــرأى الـــثانى) فهو أن المالكية لا يجيزون بيع دين السلم للمدين إذا كان طعامـــاً وذلـــك بناء على أصلهم فى المنع من بيع الطعام قبل قبضه ، وقـــد ســـبقت [٤] مناقشـــة تفرقـــتهم بيـــن الطعـــام وغـــيره عـــند عـــرض أدلة الرأى الثالث .

فعلـــم مما تقدم رجحان ما ذهب إليه أصحاب الرأى الثانى الذين يرون جواز

---

(١) سبق تخريجه فقرة ١٢٨من هذه الرسالة .

(٢) شرح سنن أبى داود لابن القيم جـــ٩، ص ٣٦٠.

(٣) القوانين الفقهية ص ٢٦٧ .

(٤) يراجع آنفا فقرة ١٣٤ من هذه الرسالة .

بيع دين السلم (المسلم فيه) للمدين (المسلم إليه) بثمن حال إذا كان بمثل ثمنه أو أقل منه لا أكثر سواء أكان طعاما أم غير طعام.

الغصن الثانى

بيع الديون غير المستقرة الأخرى للمدين بثمن حال

١٣٦ - **صورة المسألة** : إذا كان هناك دين لشخص على آخر ، ولم يكن ملك الدائن مستقراً على هذا الدين لعدم قبض البدل المقابل له ، ولم يكن هذا الدين دين سلم وذلك كالأجرة قبل استيفاء المنفعة أو مضى زمانها ، والمهر قبل الدخول ، والجعل قبل العمل ونحو ذلك ، فهل يجوز للدائن أن يبيع هذا الدين للمدين بثمن حال ؟

١٣٧ - **حكم المسألة** [١] : اختلف الفقهاء فى حكم هذه المسألة على رأيين:

١٣٨ - **الرأى الأول** : وهو للحنفية [٢] الشافعى فى الجديد [٣] وأحمد فى رواية [٤] ويرون جواز بيع هذا الدين للمدين وذلك كالديون التى استقر عليها ملك الدائن إذ لا فرق بينهما.

١٣٩ - **الرأى الثانى** : وهو للشافعى فى قول [٥] والحنابلة فى المذهب [٦] ويرون عدم جواز بيع هذا الدين للمدين أو لغيره ، وذلك لأن ملك الدائن عليه

---

(١) ينظر فى عرض هذه المسألة : أ.د نزيه كمال حماد: بيع الدين ، مرجع سبق ذكره ص ٢٠١.

(٢) رد المحتار جـ٥ ، ص ١٥٣ ، وفيه : (وكذا الحكم فى كل دين قبل قبضه كمهر ، وأجرة ، وضمان متلف ، وبدل خلع ، وعتق بمال .. أى يجوز التصرف فيه قبل قبضه ، لكن بشرط أن يكون تمليكاً ممن عليه بعوض ، أو بدونه) .

(٣) المهذب ، جـ ٢ ص ١٤ ، فتح العزيز شرح الوجيز جـ٨ ، ص٤٣٤ وما بعدها ، نهاية المحتاج ، جـ ٤ ص ٨٨ ، وفيه : (والجديد : جواز الاستبدال عن الثمن ، وكالثمن كل دين مضمون بعقد ، كأجرة وصداق ، وعوض خلع ..) .

(٤) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية جـ٢٩ ، ص ٥١٩.

(٥) المهذب فى فقه الإمام الشافعى للشيرازى جـ٢ ، ص١٤ .

(٦) شرح منتهى الإرادات جـ٢ ، ص٢٢٣ ، كشاف القناع جـ٣ ، ص٣٠٧.

ملك غير تام لعدم استقراره.

جاء في المهذب : " وإن كان الدين غير مستقر نظرت فإن كان مسلما فيه لم يجز بيعه... وإن كان ثمناً في بيع ففيه قولان : .. وروى المزني[1] في جامعه الكبير أنه لا يجوز ، لأن ملكه غير مستقر عليه ، لأنه قد ينفسخ البيع فيه بتلف المبيع أو بالرد بالعيب فلم يجز بيعه كالمبيع قبل القبض" [2] .

وجاء في كشاف القناع " ولا يصح بيع دين الكتابة ولو لمن هو في ذمته ؛ لأنه غير مستقر ولا بيع غيره .. حال كونه غير مستقر كصداق قبل دخول ، وجعل قبل عمل ، وأجرة قبل فراغ مدة " [3] .

وقد صحح ابن تيمية وابن القيم الرأى الأول بشرط أن يكون الاعتياض عن الدين بسعر يومها أو أقل كما هو الشأن في الديون الأخرى.[4]

تتمة

في بيان حكم بيع الدين المؤجل للمدين بثمن حال أقل منه

١٤٠ – بقي لي – بعد ذلك – أن أختم هذا المطلب بمسألة هامة يكثر التعامل بها في الوقت الحاضر بين التجار في الديون المؤجلة وصورتها : أن يكون لشخص دين مؤجل على شخص آخر فيدفع المدين للدائن بدلاً منه مبلغاً أقل منه حالا وهو ما يعرف في الفقه الإسلامي بمسألة (ضع وتعجل) أي أن

---

(١) المزني : هو الإمام إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل أبو إبراهيم المزني ، صاحب الإمام الشافعي من أهل مصر ، كان زاهداً عالماً مجتهداً قوى الحجة ، قال عنه الإمام الشافعي : (لو ناظر الشيطان لغلبه) وقال عنه (المزني ناصر مذهبي) له مؤلفات كثيرة منها : (الجامع الكبير) (والجامع الصغير) (والمختصر) وغيرها توفي – رحمه الله – سنة ٢٦٤هـ ينظر طبقات الشافعية الكبرى لابن السبكي جـ١،ص ٢٣٨ طبعة دار المعرفة بيروت الطبعة الثانية، شذرات الذهب جـ٢، ص١٤٨.

(٢) جـ٢ ، ص١٤.

(٣) جـ٣ ، ص ٣٠٧.

(٤) المرجعان السابقان : المواضع نفسها.

الدائن ينقص من مقدار دينه المؤجل فى مقابل قيام المدين بتعجيل أداء الدين الذى عليه.

وهـذا المسـألة وإن لم تعد فى الظاهر بيعا ، إلا أنها تعد كذلك فى الواقـع ونفـس الأمـر ، إذ إن البيع بمعناه العام هو مبادلة مال بمال وهذه المسألة لا تخرج عن هذا المعنى إذ إن ما تم فى هذا الصورة هو مبادلة دين مؤجل بثمن حال وإن كان أقل منه قدراً.

١٤١ – **حـكم هـذه المسألـة** : ولبيان حكم هذه المسألة يجدر أن نفرق بين ما إذا كان وضع الدائن بعض حقه عند التعجيل بغير شرط أو اتفاق وبين ما إذا كان بشرط أو اتفاق.

١٤٢ – **أولاً** : **وضع الدائن بعض دينه عند التعجيل بغير شرط أو اتفاق** :

اتفق الفقهاء على أنه إذا عجل المدين الدين المؤجل الذى عليه للدائن فوضـع الدائـن عـنه بعض الدين الذى عليه بغير شرط أو اتفاق فإن ذلك جائـز [١] ، وذلـك لعـدم المانع من ذلك ؛ لأن المدين سارع إلى السداد ،

---

(١) أحكـام القـرآن للجصـاص جـ١ ، ص٤٦٧ طـبعة دار الكتاب العربى ببيروت وهـى مصـورة عـن طـبعة الأوقاف الإسلامية فى دار الخلافة الطبعة الثانية ، المدونـة الكـبرى جـ ٩ ص ١٢٣ ، الحـاوى الكبـير للمـاوردى جـ١٨ ، ص ٢٣٣طـبعة دار الكتـب العلمـية بـيروت الطـبعة الأولى سنة ١٤١٤هـ-١٩٩٤م ، الشـرح الكبـير علـى متـن المقنع جـ٥ ، ص ٥ وهو مطبوع أسفل المغـنى لابـن قدامـة طـبعة دار الفكـر ببيروت الطبعة الأولى سنة ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م المحلـى لابـن حـزم جـ٨ ، ص٨٣، ٨٤ مسألة رقم ١٢٠٤ وقد أخذ بهـذا الـرأى مجمـع الفقـه الإسـلامى المنعقد فى دورة مؤتمره السابع بجدة فى المملكـة العربـية السـعودية مـن ٧ : ١٢ من ذى القعدة سنة ١٤١٢هـ الموافق مـن ٩ : ١٤ مـايو سـنة ١٩٩٢م حيـث قـرر : (٤-الحطـيطة مـن الدين المؤجـل لأجـل تعجـيله ، سـواء أكانـت بطلب الدائن أو المدين (ضع وتعجل) جائـز شـرعا لا تدخـل فـى الـربا المحـرم إذا لم تكن بناء على اتفاق مسبق ، ومـا دامـت العلاقـة بيـن الدائـن والمدين ثنائية فإذا دخل بينهما طرف ثالث لم يجـز لأنهـا تـأخذ عـندئذ حكـم حسم الأوراق التجارية) وقرار المجمع موجود ضـمن كـتاب أ.د رفـيق يونـس المصرى : بيع التقسيط : ص ١١١ طبعة دار القلم دمشق ، الطبعة الثانية سنة ١٤١٨هـ ١٩٩٧م .

والدائـن قـد أسـقط عـن المديـن بعـض ديـنه علـى سبيل التبرع ، فكـل واحـد منهما يعد محسناً بفعله هذا ، والله – سبحانه وتعالى – يقول : ﴿ .. وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ ﴾ [1] .

جاء في المحلى: "... فلو عجل الذى عليه الحق بعض ما عليه بغير شرط ، ثم رغب إلى صاحب الحق أن يضع عنه الباقى أو بعضه فأجابه إلى ذلـك ، أو ضـعه عنه أو بعضه بغير رغبه فكل ذلك جائز حسن وكلاهما مأجور ، لأنه ليس هاهنا شرط أصلاً ولكن أحدهما سارع إلى الخير فى أداء بعض ما عليه فهو محسن ، والآخر سارع إلى الإبراء من حقه فهو محسن ، قال الله – عز وجل – ﴿ وَافْعَلُوا الْخَيْرَ.. ﴾ [2] وهذا كله خير" [3] .

وجـاء فى البحر الزخار " ولو قال: عجل لى وأنا أحط عنك كذا ، ففعلا فى غير شرط فى العقد صح إجماعاً ، إذ لا مانع" [4] .

١٤٣ – ثانياً : الاتفـاق [5] علـى وضع بعض الديـن فـى مقابل تعجيله:

إذا اتفـق الدائـن والمدين على أن يعجل المدين سداد الدين المؤجل الـذى عليه فى مقابل أن يضع الدائن عنه بعض الدين فقد اختلف الفقهاء فى ذلك على رأيين :

١٤٤ – الـرأى الأول : وهـو لجمهـور الفقهـاء مـن الحنفـية [6]–

---

(١) سورة البقرة من الآية رقم ١٩٥.
(٢) سورة الحج من الآية رقم ٧٧.
(٣) جـ٨ ، ص ٨٣ ، ٨٤ مسألة رقم ١٢٠٤.
(٤) جـ٣ ، ص ٤٠٩ .
(٥) ويـأخذ العـرف حكـم الاتفـاق والشرط لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً . يـنظر : أ.د محمـد عـبد الغفـار الشـريف : بحوث فقهية معاصرة : ص ٥٠٥ طبعة دار ابن حزم الطبعة الأولى سنة ١٤٢٠هـ – ١٩٩٩م.
(٦) المبسـوط للسرخسـى : جـ١٣ ، ص١٢٦ ، وفـيه : إذا كان لرجل على رجل ديـناً إلـى أجـل ، وهـو ثمـن مبيع فحط عنه شيئاً على أن يعجل له ما بقى فلا خـير فـيه ، ولكـن يـرد مـا اخـذ والمـال كلـه إلـى أجله ..) أحكام القرآن للجصـاص جـ١ ، ص٤٦٧ ، العـناية علـى الهداية للبابرتى جـ٧ ، ص٣٩٦ وإن كـان مـتأخروا الحنفـية يجـوزون ضع وتعجل فى المرابحة المؤجلة ، قال الحصـكفى فـى الـدر المخـتار فـى كـتاب الوصـايا مسـائل شتى قبيل كتاب الفـرائض جـ٦ ، ص٧٥٧ : (قضـى المديـون الدين المؤجل قبل الحلول ==

عـــدا زفـــــر[1] – ، والمالكـيــــــة[2] ، والشافعيــة[3] ، وجمهور

== أو مـــات فحـل بموتـــه فـــأخذ مـــن تركـــته لا يأخذ من المرابحة التي جرت بيــنهما إلا بقــدر مـــا مضـــى مـــن الأيـــام..) وقـــال ابن عابدين تحت ما سبق : ((قولــــه : لا يـــأخذ مـــن المـــرابحة ..)) صـــورته : اشــترى شيئاً بعشرة نقداً وباعـــه لآخـــر بعشـــرين إلـــى أجل هو عشرة أشهر ، فإذا قضاه بعد تمام خمسة أشـــهر أو مـــات بعدهـــا يـــأخذ خمسة ويترك خمسة) . ينظر : رد المحتار على الـــدر المخـــتار جــــ٦ ، ص ٧٥٧ الموضـــع المذكـــور آنفاً ، والمسألة مذكورة أيضـــا فـــي البـــيوع قبـيل فصـــل فـــي القرض وذكر فيه أنه أفتى به الحانوتي ، ونجـــم الديـــن وأبـــو السـعود وغـــيرهم ينظر جــ٥ ، ص ١٦٠ وينظر أيضاً : العقـــود الدريـــة لابـــن عابديـــن جــ١ ، ص٢٧٨ طبعة المطبعة الأميرية الكبرى ببولاق سنة ١٣٠٠هـــ.

(١) زفــــــر : هـــو الإمـــام زفـــر بـــن الهذيـــل بـــن قيس العنبرى ، فقيه كبير من أصـــحاب أبـــى حنـــيفة قـــال عـــنه الإمـــام أبو حنيفة (هو أقيس أصحابى) أقام بالبصـــرة وولـــى قضـــاءها ، جمـــع بين العبادة والعلم وكان من أصحاب الحديث ثـــم غلـــب علـــيه الـــرأى توفـــى – رحمـــه الله – سنة ١٥٨هـــ ينظر الجواهر المضـــية فـــى طـــبقات الحنفـــية لأبى الوفاء القرشي جــــ٢ ،ص ٢٠٧ طبعة دار هجـــر الطـــبعة الثانـــية ســـنة ١٤١٣هــــــ-١٩٩٣م ، شذرات الذهب جــــ١ ، ص ٢٤٣ ، الأعلام جـــ٣ ، ص٤٥.

(٢) المدونـــة الكـــبرى: جــــــ٩ ، ص ١٢٣ ، الموطــــأ ص ٥٠٦ وفـــيه : (والأمـــر المكـــروه الـــذى لا اخـــتلاف فـــيه عندنا أن يكون لرجل على رجل الدين إلى أجل فيضـــع عـــنه الطالـــب ويعجلـــه المطلـــوب ، وذلك عندنا بمنزلة الذى يؤخر دينه بعـــد محلـــه عـــن غـــريمه ويـــزيد الغريم فى حقه ، قال : فهذا الربا بعينه لا شك فـــيه) ، الاســـتذكار لابـــن عـــبد الـــبر جـــ٢٠ ، ص٢٦٥ ، المعونة على مذهب عـــالم المديـــنة للقاضـــى عـــبد الوهاب جــ٢ ، ص١٢ طبعة دار الكتب العلمية ، بـــيروت الطـــبعة الأولـــى ، ســـنة ١٤١٨هــــــ-١٩٩٨م ، التفريع لابن الجلاب جــــــ٢،ص١٦٩ طـــبعة دار الغـــرب الإســـلامى الطبعة الأولى سنة ١٤٠٨هـــ-١٩٨٧م.

(٣) مغـــنى المحـــتاج جـــــ٢ ،ص ١٧٩ وقـــد ذكـــر ابن عبد البر أن قول الشافعى قد اخـــتلف فـــى هـــذه المســـألة فقـــال مرة : (لا بأس به وراه من المعروف ومرة قـــال ضـــع وتعجـــل لا يجـــوز) ينظر الاستذكار الموضع نفسه ، وقد روى أبو جعفـــر الطحـــاوى عـــن المـــزنى عن الشافعى أنه أجاز (ضع وتعجل) قال أبو جعفـــر : (وقـــد كـــان الشـــافعى- رحمـــه الله – قد أجاز ذلك مرة كما ذكره لنا المـــزنى عـــنه) شـــرح مشـــكل الآثار للطحاوى جــ١١ ،ص ٦٤ ولكن المحققين مـــن أئمـــة المذهـــب الشـــافعى ذكروا أن الشافعى يرى أن (ضع وتعجل) ==

الحنابلة [1]، والظاهرية [2]، والإباضية [3] ويرون عدم جواز هذه المعاملة[4].

--- لا يجوز ، أما الحالة التى أجازها فهى حالة ما إذا كان ذلك من غير شرط أو اتفاق بين الدائن والمدين.

قال الماوردى : (فأما المزنى فإنه اشتبه عليه ما قاله الشافعى ، فقد قال الشافعى فى هذا الموضع (ضع وتعجل) لا يجوز وأجازه فى موضع آخر فتوهم أن الشافعى اختلف قوله فى الإبراء على شرط التعجيل وليس الجواب مختلفا كما توهمه المزنى وإنما أجاز التعجيل والإبراء بغير شرط وأبطلهما مع الشرط فاختلف جوابه لاختلاف الشرط ، لا لاختلاف القول) الحاوى الكبير جـ١٨، ص٢٣٣.

(١) المغنى لابن قدامة جـ٤ ، ص١٨٩ مسألة رقم ٢٨٥٥ ، وفيه : (وإذا كان عليه دين مؤجل فقال لغريمه: ضع بعضه وأعجل لك بقيته لم يجز ، وأيضاً كشاف القناع جـ٣ ص ٣٩٢.

(٢) المحلى جـ٨ ، ص٨٣ ، ٨٤ مسألة رقم ١٢٠٤ وفيه : (ولا يجوز تعجيل بعض الدين المؤجل على أن يبريه من الباقى ، فإن وقع رد ، وصرف إلى الغريم ما أعطى ، لأنه شرط ليس فى كتاب الله تعالى ..) .

(٣) شرح النيل وشفاء العليل باب الصلح جـ٣، ص٦٥٤.

(٤) وتجدر الإشارة – هنا – إلى أمرين هامين :

أولهما: أن جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة يستثنون من ذلك دين الكتابة حيث يجوزون فيه (ضع وتعجل) فهم يجوزون للسيد أن يتعجل ما على العبد على أن يضع عنه بعضاً منه ؛ وذلك لأنه لا ربا بين العبد وسيده ، فالمكاتب وكسبه لسيده فكأنه أخذ بعض كسبه وترك له البعض الآخر أضف إلى ذلك أن فى جواز هذه المعاملة فى دين الكتابة تعجيلاً للعتق المحبب إلى الله – تعالى – ينظر : المبسوط للسرخسى جـ١٣ ، ص ١٢٤ ، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقى عليه جـ٤ ، ص ٤٩٠ ، المغنى لابن قدامة جـ٤ ، ص ١٨٩ .

وأما الشافعية فإن كان الأصل عندهم أن دين الكتابة كغيره من الديون لا يجوز فيه (ضع وتعجل) إلا أنهم ذكروا أن الشافعى – رضى الله عنه – قد ذكر حيلة ليصل المكاتب إلى الحرية بما معه من المال مفادها : أن يعجز المكاتب نفسه فيعود عبدا ، ثم يرضى السيد بشئ يأخذه منه على أن يعتقه فيجوز ذلك ينظر : التهذيب للبغوى : جـ٨ ، ص٤٥٥ ، ٤٥٦ ، الحاوى الكبير للماوردى جـ١٨ ، ص٢٣٣.

وثانيهما : أن الحنفية والمالكية أجازوا أن يأخذ الدائن بدلاً عن دينه المؤجل عرضاً معجلاً أقل قيمة منه وهو مذهب ابن عمر ، والثورى ، الحسن ، وابن سرين ، وطائفة من العلماء الذين لا يجيزون (ضع وتعجل) ---

وممـــن قـــال بذلك – أيضا – عبد الله بن عمر [1] وزيد بن ثابت [2] وســـعيـــد بـــن المسيـــب [3] (مــع اختـــلاف فى الرواية عنه) والحكم بن

=== ينظر : تحفة الفقهاء للسمرقندى جـ٣ ، ص٢٥٣ طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت الطبعة الأولى سنة ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م تبيين الحقائق جـ ٥ ، ص٤٢ ، الكافى لابن عبد البر جـ٢ ، ص ٦٧٠ والاستذكار له أيضا جـ٢٠ ،ص ٢٦٢ ، المنتقى للباجى جـ٥ ، ص٦٥ طبعة دار الكتاب العربى بيروت لبنان ، مصنف عبد الرزاق جـ٨ ، ص٧١ ، ٧٣. وقد قال الباجى : (وأما إذا أخذ منه قبل الأجل من غير جنسه ما قيمته أقل مما عليه فلا يخلو أن يكون مما لا يجوز أن يدخل الأجل بينه وبين الدنانير ،أو مما يجوز ذلك :

فإن كان مما لا يجوز ذلك كالدراهم ، فلا يجوز أن يأخذ منه قبل الأجل بدنانير دراهم مثل قيمتها ولا أقل ولا أكثر ؛ لأن هذا ورق بذهب إلى أجل ، وقد روى عنه – ﷺ – (الذهب بالورق إلا هاء وهاء) .

وإن كان مما يجوز ذلك فيه مثل أن يأخذ منه بدنانير قبل الأجل عروضاً معجلة تكون قيمتها أقل من دنانيره أو مثل ذلك أو أكثر فلا بأس فى ذلك ؛ لأن مآل أمره إلى شراء عرض بدنانير مؤجلة ، ولا خلاف فى جوازه) .

غير أنهم قد اشترطوا لصحة ذلك ما يشترط لحصة المعاوضة من شروط ينظر تبين الحقائق جـ٥ ، ص ٤٢ ، تحفة الفقهاء جـ٣ ، ص٢٥٢.

(١) موطأ مالك : كتاب البيوع باب ما جاء فى الربا فى الدين ص ٥٠٦ وفيه : (مالك عن عثمان بن حفص بن خلده عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن عبد الله بن عمر أنه سئل عن الرجل يكون له الدين على الرجل إلى أجل فيضع عنه صاحب الحق ويعجله الآخر فكره ذلك عبد الله بن عمر ونهى عنه) وينظر بعض الآثار فى نهى ابن عمر عن هذه المعاملة : مصنف عبد الرزاق جـ٨ ، ص٧١ ، ٧٢ وخصوصا رقم ١٤٣٥٤ ورقم ١٤٣٥٩ وكذلك الاستذكار لابن عبد البر جـ٢٠ ،ص٢٦١.

(٢) موطأ مالك : الصفحة نفسها وفيه : (مالك عن أبى الزناد عن يسر بن سعيد عن عبيد أبى صالح مولى السفاح أنه قال : بعت بزاً لى من أهل دار نخلة إلى أجل ، ثم أردت الخروج من الكوفة فعرضوا على أن أضع عنهم بعض الثمن ، وينقدونى ، فسألت عن ذلك زيد بن ثابت فقال : لا آمرك أن تأكل هذا ولا توكله) و أيضاً الاستذكار لابن عبد البر جـ٢٠ ،ص ٢٥٨ ، أحكام القرآن للجصاص جـ١ ،ص٤٦٧ ، المغنى لابن قدامة جـ٤ ، ص ١٨٩ مسألة رقم ٢٨٥٥.

(٣) مصنف عبد الرزاق جـ٨ ، ص٧١ رقم ١٤٣٥٤ وفيه : (.. روى عبد الرازق قال : أخبرنا معمر عن الزهرى عن ابن المسيب وعن ابن عمر قال : من كان له على رجل دين إلى أجل معلوم ، فعجله بعضه وترك ==

عتيبة [١] ، والشعبى [٢] والثورى [٣] وغيرهم [٤] .

١٤٥ – الرأى الثانى : وهو منسوب إلى الإمام زفر من الحنفية [٥] وأحمد فى رواية اختارها الإمامان ابن تيمية [٦] وابن القيم من الحنابلة [٧] ،

== له بعضه فهو ربا) وكذا : الاستذكار لابن عبد البر جـ٢٠ ، ص ٢٦٣ ، المغنى الموضع نفسه.

(١) مصنف عبد الرزاق جـ٨ ،ص ٧٤ رقم ١٤٣٦٩ وفيه (قال عبد الرازق : وأخبرنا ابن عيينية عن إسماعيل ابن أبى خالد قال : قلت للشعبى: إن إبراهيم قال فى الرجل يكون له الدين على الرجل إلى أجل فيضع له بعضاً ويعجل له بعضا أنه ليس به بأس ، وكرهه الحكم بن عتيبة فقال الشعبى : أصاب الحكم وأخطأ إبراهيم) وأيضا الاستذكار جـ٢٠ ، ص ٢٦٤ ، المغنى لابن قدامة : الموضع نفسه

(٢) مصنف عبد الرزاق الوضع نفسه.

(٣) أحكام القرآن للجصاص : الموضع نفسه ، المغنى لابن قدامة : الموضع نفسه ، الإشراف لابن المنذر جـ١ ص ١٤٩.

(٤) مثل : سالم ، والحسن البصرى ، وسعيد بن جبير ، وحماد بن أبى سليمان، وإسحاق بن راهويه ، ينظر : المغنى لابن قدامة جـ٤ ، ص١٨٩، أحكام القرآن للجصاص : الموضع نفسه.

(٥) شرح مشكل الآثار للطحاوى جـ١١، ص ٦٤ طبعة مؤسسة الرسالة بيروت الطبعة الأولى سنة ١٤١٥هـ الاستذكار لابن عبد البر مرجع سبق ذكره جـ٢٠ ، ص٢٦٢ ، وإن كنت لم أقف على نسبة هذا الرأى للإمام زفر فيما بين يدى من كتب الفقه الحنفى.

(٦) وقد نسب هذا الرأى للإمام ابن تيمية – رحمه الله – كثير من فقهاء المذهب منهم : تلميذه ابن القيم وابن مفلح والمرداوى وهم من العارفين بمذهبه ينظر : إعلام الموقعين جـ٣ ،ص ٣٥٩ المبدع فى شرح المقنع جـ٤ ،ص ٢٨٠ ، الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف جـ٥ ، ص٢٣٦ وعلى الرغم من ذلك فقد وجدت فى كتاب (مجموع الفتاوى) المنسوب إليه فتوى تدل على أن الإمام ابن تيمية يرى عدم الجواز فقد جاء فى هذا الكتاب ما نصه (وسئل عن رجل له عند رجل مائة وثمانون فقال له رجل : تبيعها بمائة وخمسين ؟ فهل يجوز ذلك ؟ فأجاب: الحمد لله إن كانت مؤجلة فباعها بأقل منها حالة فهذا ربا ،وإن كانت حالة فأخذ البعض وأبرأه من البعض فأجره على الله وقد أحسن) جـ٢٩ ، ص٥٢٦.

(٧) إعلام الموقعين : الموضع نفسه.

والإمامية [١] ، والزيدية [٢] ، ويرون جواز هذه المعاملة.

وممن قال بذلك – أيضا – عبد الله بن عباس[٣] – رضى الله عنهما – وسعيد بن المسيب "مع اختلاف الرواية عنه" [٤] ،وإبراهيم النخعى [٥] ، وأبو ثور[٦] .

١٤٦ – الأدلة :

١٤٧ – أولاً : أدلة الرأى الأول :

وقد استدل أصحاب الرأى الأول القائلون بحرمة الحط للتعجيل بالسنة والأثر والقياس.

١٤٨ – ١ – من السنة : ما روى عن المقداد[٧] بن الأسود – ﷺ – قال:

---

(١) جواهر الكلام جـ٢٣ ، ص١٢٢ طبعة دار إحياء التراث العربى بيروت ط السابعة سنة ١٩٨١م.

(٢) السيل الجرار جـ٣ ، ص١٤٧ ، ١٤٩ ط دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى سنة ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م ، البحر الزخار جـ٣ ،ص ٤٠٩.

(٣) مصنف عبد الرزاق جـ٨ ، ص٧٢ الأثر رقم ١٤٣٦٠ وفيه : (.. عن ابن عباس أنه سئل عن الرجل يكون له الحق على الرجل فيقول : عجل لى وأضع عنك قال : لا بأس بذلك) وأيضا الأثر رقم ١٤٣٦٢ وفيه : (..قال ابن عباس إنما الربا أخر لى وأنا أزيدك وليس عجل وأضع عنك) وأيضا الاستذكار جـ٢٠ ،ص ٢٦١.

(٤) الاستذكار جـ٢٠ ، ص٢٦٣ وفيه : (واختلف عن سعيد بن المسيب فى ضع وتعجل ، فقد روى عنه أنه كان يقول : لا بأس أن تضع من دين لك إلى أجل فيعجل لك).

(٥) مصنف عبد الرزاق جـ٨ ، ص ٧٤ الأثر رقم ١٤٣٦٩ وفيه : (.. إن إبراهيم قال فى الرجل يكون له الدين على الرجل إلى أجل فيضع له بعضاً ويعجل له بعضاً أن ليس به بأس) .

(٦) أحكام القرآن للجصاص : جـ١ صـ ٦٤٧ ، المغنى لابن قدامة : جـ ٤ صـ ١٨٩ مسألة رقم (١٨٥٥) وأبو ثور: هو الإمام إبراهيم بن خالد بن أبى اليمان الكلبى البغدادى الفقيه صاحب الإمام الشافعى قال عنه ابن حبان : (كان أحد أئمة الدنيا فقهاً وعلما وورعا وفضلاً) توفى – رحمه الله – سنة ٢٤٠ هـ ينظر تاريخ بغداد جـ٦ ، ص٦٥ ، الأعلام جـ١ ، ص٣٧.

(٧) **المقداد بن الأسود:** هو الصحابى الجليل المقداد بن عمرو بن ثعلبة بن مالك بن ربيعة من السابقين الأولين فى الإسلام هاجر الهجرتين وشهد ===

أسلفت رجلاً مائة دينار ، ثم خرج سهمي في بعث بعثه رسول الله ـ ﷺ ـ فقلت له : عجل لي تسعين ديناراً وأحط عشرة دنانير ، فقال : نعم ، فذكر ذلك لرسول الله ـ ﷺ ـ فقال: " أكلت رباً يا مقداد وأطعمته " (١) .

وجه الاستدلال من الحديث : إن رسول الله ـ ﷺ ـ قد حكم على هذه الصورة التي فيها حط من الدين في مقابل تعجيل الوفاء بأنها رباً ، فتكون حراماً . (٢)

مناقشة هذا الاستدلال : ويناقش الاستدلال بهذا الحديث بأن البيهقي قد ذكر أن هذا الحديث في إسناده ضعف فلا يصح الاحتجاج به. (٣)

الجواب عن هذه المناقشة : ويمكن الجواب عن هذه المناقشة بأن هذا الحديث وإن كان في سنده ضعف ، إلا أن هذا الضعف ينجبر بنهي عبد الله بن عمر والمقداد بن الأسود – رضي الله عنهما عن هذه المعاملة – كما سيأتي – ومثل هذا لا يقال من قبل الرأي ، بل لابد أن يكونا سمعاه من النبي

=== بدراً والمشاهد كلها ، وقد قيل : إنه لم يكن على فرس من المسلمين يوم بدر غيره ، ويقال له : المقداد بن الأسود نسبة إلى الأسود بن عبد يغوث الزهري ، لأنه حالفه وتبناه فنسب إليه ، مناقبه أكثر من أن تحصى ، توفي – رضي الله عنه – سنة ٣٣هـ ينظر أسد الغابة جـ٥ ،ص ١٢١ طبعة دار الشعب ، الإصابة في تمييز الصحابة جـ٣ ، ص ٤٥٤.

(١) السنن الكبرى للبيهقي : كتاب البيوع باب لا خير أن يعجله بشرط أن يضع عنه جـ٦ ، ص٤٧ طبعة دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى سنة ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.

(٢) أ.د رمضان حافظ عبد الرحمن: الربا أصوله وعلته في الشريعة الإسلامية ص ١٧٣ ، الناشر : دار الكتاب الجامعي الطبعة الأولى سنة ١٣٨٩هـ – ١٩٧٨.

(٣) السنن الكبرى للبيهقي : كتاب البيوع باب لا خير أن يعجله بشرط أن يضع عنه جـ٦ ، ص٤٧ ، وسبب ضعفه أن فيه يحيى بن يعلى الأسلمي ، وهو شيعي ضعيف . ينظر : إعلاء السنن للشيخ ظفر أحمد التهانوي جـ ١٤ صـ ٣٥٢ ، طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى سنة ١٤١٨ هـ/١٩٩٧م ، وأيضاً : تقريب التهذيب : جـ ٢ صـ ٣١٩ ، الترجمة ٧٧٠٥ ، وفيه : (يحيى بن يعلى الأسلمي الكوفي شيعي ضعيف من التاسعة) .

ﷺ وبالتالـــي ينجبر ضعف الحديث الذي رواه البيهقي عن المقداد ، ويكون حسناً لغيره [١] .

١٤٩ – ٢ – مـــن الأثـــر : وقد استدل أصحاب هذا الرأى على حرمة هذه المعاملة من الأثر بما يأتى :

أ – ما روى عن عبد الله بن عمر – رضى الله عنهما – أنه سئل عن الرجل يكون له الدين على الرجل إلى أجل فيضع عنه صاحب الحق ، ويعجله فكره ذلك عبد الله بن عمر ونهى عنه. [٢]

ب – ما روى أن رجلاً من غافق كان له على رجل من مهرة مائة دينار فى زمـــن عـــثمان فغنموا غنيمة حسنة ، فقال المهرى: أعجل لك سبعين دينارا على أن تمحو عنى المائة ، وكانت المائة مستأخرة ، فرضى الغافقى بذلك ، فمـــر بهما المقداد ، فأخذ بلجام دابته ليشهده ، فلما قص عليه الحديث قال : كلاكما قد أذن بحرب من الله ورسوله" [٣] .

وجـــه الاســـتدلال من هذيـــن الأثـــرين : إن عبد الله بن عمر – رضى الله عنهما – قد نهى عن هذه المعاملة ، وإن المقداد بن عمرو قد قال لمن تعامل بهذه المعاملة " كلاكما قد أذن بحرب من الله ورسوله" وهذا يدل على حرمة هذه المعاملة ؛ لأن مذهب الصحابى يعد حجة فيما لا مجال للرأى والاجتهاد فيـــه. [٤]

---

(١) النكـــت علـــي كـــتاب ابـــن الصلاح للحافظ ابن حجر جـــ٢ صـــ٥٢٩ تحقيق : ربـــيع بـــن هـــادى – الجامعـــة الإســـلامية المدينـــة المـــنورة الطبعة الأولي سنة ١٤٠٤ هـــ، ظفـــر الأمـــانى فـــي مختصر الجرجانى لمحمد اللكنوي صـــ١٩٧ ، ١٩٨ طبعة دار القلم دبى الطبعة الأولى سنة ١٤١٥ هـــ.

(٢) موطـــأ مـــالك : كـــتاب البـــيوع باب ما جاء فى الربا فى الدين ص ٥٠٦ ، السنن الكبرى للبيهقى جـــ٦ ،ص ٤٧.

(٣) مجمـــع الـــزوائد ومنـــبع الفوائـــد للهيـــثمى جـــ٤ ، ص٢٣٤ طبعة دار الفكر سنة ١٤١٢هـــ-١٩٩٢م .

(٤) المحصـــول مـــن علـــم الأصـــول جـــ٢ ،ص ٢٢١ وأيضا : أستاذنا الدكتور عبد القـــادر أبـــو العـــلا: حجـــية مذهـــب الصحابى عند الأصوليين مرجع سبق ذكره ص ٦٠.

١٥٠ - ٣ - مـــن القـــيــاس : أما من القياس فقد قاسوا تعجيل الدين فى مقــابل التــنازل عــن جزء منه على تأجيله فى مقابل الزيادة عليه ، بجامع الاعتــياض عــن الأجل فى كل ، وتأجيل الدين مع الزيادة عليه غير جائز فكذلك تعجيله مع الحط منه.

قــال ابن عبد البر : " قد بين مالك - رحمه الله - أن من وضع من حق له لم يحل أجله يستعجله فهو بمنزلة من أخذ حقه بعد حلول أجله لزيادة يزادها من غريمه لتأخيره ذلك ؛ لأن المعنى الجامع لهما هو أن يكون بإزاء الأمــد الساقطة والزائد بدلاً وعوضاً يزداده الذى يزيد فى الأجل ويسقط عن الــذى يعجــل الديــن قبل محله ، فهذان وإن كان أحدهما عكس الآخر فهما مجتمعان فى المعنى الذى وصفنا " [1] .

وقــال أبو بكر الرازى (الجصاص)[2] : " إنه معلوم أن ربا الجاهلية إنما كان قرضاً مؤجلاً بزيادة مشروطة فكانت الزيادة بدلاً من الأجل فأبطله الله - تعــالى - وحــرمه وقال { **وإن تبتم فلكم رءوس أموالكم** } [3] وقال تعالى : { **وذروا ما بقى من الربا** } [4] حظر أن يؤخذ للأجل عوض ، فإن كانــت عليه ألف درهم مؤجله فوضع عنه على أن يعجله ، فإنما جعل الحط بحــذاء الأجــل فكــان هــذا هو معنى الربا الذى نص الله - تعالى - على

---

(١) الاســتذكار جـــ٢٠ ، ص٢٥٩ ، ٢٦٠ ، وأيضـــا : أســنى المطالب جـــ٢ ،ص ٢١٦ ، إغاثــة اللهفــان لابــن القــيم جـــ٢ ، ص ١٢ طــبعة مطبعة مصطفى البابى الحلبى الطبعة الثانية سنة ١٣٨١هـ-١٩٦١م.

(٢) **الجصــاص :** هــو الإمـــام أحمـــد بن على الرازى أبو بكر المعروف بالجصاص ، إمـــام فاضـــل كبـــير الشـــأن ، انتهت إليه رئاسة الحنفية فى عصره ، خوطب أن يلــى القضـــاء فامتـــنع ، لـــه كتب كثيرة منها : أحكام القرآن وكتاب فى أصول الفقـــه توفـــى - رحمـــه الله - ســـنة ٣٧٠هـــ ينظر: الجواهر المضية فى طبقات الحنفــية لابــن الوفـــاء القرشـــى جـــ١ ، ص٢٢٠ ومـــا بعدها طبعة دار هجر للطــباعة الطــبعة الثانــية ســـنة ١٤١٣هـــ -١٩٩٣م و أيضا الأعلام جـــ١ ، ص ١٧١ .

(٣) سورة البقرة من الآية رقم ٢٧٩.

(٤) سورة البقرة من الآية رقم ٢٨٧.

تحـــريمــــه ، ولا خـــلاف أنه لو كان عليه ألف درهم حاله فقال له: أجلنى وأزيـــدك فـــيها مائة درهم لا يجوز ؛ لأن المائة عوض عن الأجل ، كذلك الحـــط فـــى معنى الزيادة إذا جعله عوضاً عن الأجل ، وهذا هو الأصل فى امتناع جواز أخذ الأبدال عن الآجال." (١)

١٥١ – ثـانيـاً : أدلـــة الــرأى الـثـانـى :

وقد استدل أصحاب الرأى الثانى القائلون بجواز الحط للتعجيل بالسنة والأثر والمعقول :

١٥٢ – ١ – مـــــن الســــــنة : أمـــا من السنة فما روى عن ابن عباس – رضى الله عنهما – أنه قال : لما أمر النبى ـ ﷺ ـ بإخراج بنى النضير من المديـــنة جـــاءه ناس منهم فقالوا : يا نبى الله إنك أمرت بإخراجنا ولنا على الناس ديون لم تحل فقال رسول الله ـ ﷺ ـ : " ضعوا وتعجلوا " (٢) .

وجــــــه الاســـــتدلال مـــن الحـــديث : إن رسول الله ـ ﷺ ـ قد أمر بنى النضير الذين كانت لهم ديون مؤجلة على الناس أن يضعوا شيئا من ديونهم فـــى مقـــابل أن يعجل الناس لهم الوفاء بهذه الديون وأمره ـ ﷺ ـ هذا يدل على صحة هذه المعاملة .

منــاقشــــــة هـــذا الاســـتدلال : ويناقش الاستدلال بهذا الحديث من خمسة أوجه:

الـــوجـــــــــه الأول : إن هـــذا الحديـــث فيه اضطراب فى إسناده فلا يصح الاحتجاج به (٣) .

---

(١) أحكام القرآن جـ١ ،ص ٤٦٧.

(٢) الســـنن الكـــبرى للبـــيهقى : كـــتاب البيوع باب من عجل لـــه أدنى من حقه ، جـ ٦ ، ص٤٥، ســـنن الدارقطـــنى جــــ٣ ، ص٤٦ ، مجمـــع الزوائد : كتاب البيوع بـــاب فيمـــن أراد أن يـــتعجل أحـــد ديـــنه جـــ٤ ، ص٢٣٤ المطالب العالية لابن حجـــر:بـــاب الرخصــــة مـــن الحطيطة من الدين إذا أراد تعجيل المؤجل جــــ٣ ، ص ٤٩٠طبعة مؤسسة قرطبة الطبعة الأولى سنة ١٤١٨هـــ-١٩٩٧م .

(٣) فقـــد ذكـــر الدارقطـــنى لهـــذا الحديث ثلاث روايات كلها عن طريق مسلم بن خالد الـــزنجى ثـــم قـــال الدارقطـــنى بعـــد ذكر هذه الروايات : (مسلم بن خالد ثقة إلا أنـــه ســـئ الحفـــظ وقـــد اضـــطرب فـــى هـــذا الحديث) ينظر سنن الدارقطنى : المرجع السابق الموضع نفسه.

الوجـــه الثـــانى : إنه على فرض ثبوت هذا الحديث فهو منسوخ والناسخ له آيـــات الربا [1] وهى قوله تعالى : ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ** ﴾ [2] وقوله تعالى : ﴿ **وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ** ﴾ [3] .

فـــإن قيل : إن النسخ لا يثبت بالاحتمال ، ولا بد من معرفة التاريخ قلت: إن جلاء بنى النضير الذى قال فيه الرسول ـــ ﷺ ـــ " ضعوا وتعجلوا" كان سنة أربع من الهجرة [4] ، أما آيات الربا فى سورة البقرة فهى تعد من أخر ما نزل من القرآن ، إذ قد نزلت فى حجة الوداع وكانت سنة عشر من الهجرة [5] ، وعلى ذلك فيحمل هذا الحديث – علي فرض صحته – علي ما كان قبل تحريم الربا ، فلما حرم حرمت أسبابه ، ومنها هذه المسألة [6] .

الوجـــــه الثـــالـــث : إنه من الممكن أن يحمل قول النبى ـــ ﷺ ـــ " ضعوا وتعجلـــوا" على ضع وتعجل من غير شرط [7] ومعلوم أن هذه المعاملة من غير شرط جائزة.

الوجـــه الـــرابـــع : إن اليهود كانوا يداينون الناس على أساس الربا ، والذى أمـــر رســـول الله ـــ ﷺ ـــ بوضعه هو الربا الزائد على رأس المال ، ولم

---

(١) المبســـوط للسرخســـى جـــــ١٣ ، ص١٢٦، الاســـتذكار لابـــن عبد البر جـــ٢٠، ص٢٦٥.

(٢) سورة البقرة الآية رقم ٢٧٨.

(٣) سورة البقرة من الآية ٢٧٩.

(٤) سيرة ابن هشام جــ٣ ، ص٩٠ طبعة دار الفكر العربى بدون تاريخ.

(٥) أ . د رمضان حافظ : مرجع سبق ذكره ، صـــ ١٧٨ .

(٦) شـــرح مشـــكل الآثـــار جـــــ ١١ صـــــ ٦٣ وفيه :(لا حجة فيه عندنا لمن ذهب إلـــى عـــدم كراهـــته ، لأنـــه قد يجوز أن يكون ما كان من رسول الله – صلي الله علـــيه وســـلم – مـــن ذلـــك قـــبل تحـــريم الله عز وجل الربا ، ثم حرم الربا بعد ذلك ، فحرمت أسبابه ، وهذه مسألة فى الفقه جليلة المقدار منه)

(٧) أحكام القرآن للجصاص جـــ١ ، ص ٤٦٧ ، المبسوط للسرخسى : الصفحة نفسها ، شرح مشكل الآثار جـــ١١ ، ص٦٣.

يأمرهم بالوضع من رأس المال نفسه. [١]

الوجــه الخــامس : إنه لا ربا بين المسلم والحربى فتجوز هذه المعاملة مع الحــربى ولا تجوز مع المسلم وقد ذكر هذه القصة شمس الأئمة السرخس مســتدلا بها على ذلك حيث يقول – رحمه الله – : " ولما أجلى بنى النضير قــالوا: إن لنا ديوناً على الناس فقال " ضعوا وتعجلوا " ومعلوم أن مثل هذه المعاملــة لا تجوز بين المسلمين فإن من كان لــه على غيره دين إلى أجل فوضــع عنه بعضه بشرط أن يعجل بعضه لم يجز ، كره ذلك عمر ، وزيد بن ثابت ، وابن عمر ــ رضى الله عنهم ــ . [٢]

وحاصــل هــذا الجواب أن المسلمين كانوا فى حالة حرب مع بنى النضــير فكــان يجــوز لهــم أن يــأخذوا جميع أموالهم فى تلك الحالة فلو استوضعوا عنهم بعض ديونهم جاز من باب أولى.[٣]

١٥٣ – ٢ – **مـــن الأثــر** : وأما من الأثر : فما روى " .. عن ابن عباس أنه سئل عن الرجل يكون له الحق على الرجل فيقول : عجل لى وأضع عنك قال: لا بأس بذلك " [٤] .

---

(١) يــنظر فــى إيــراد هــذا الوجــه : الشيخ محمد تقى عثمانى: أحكام البيع بالتقسيط ص٢٧٠ وهــو مطــبوع ضــمن كــتاب فضــيلته : بحــوث فــى قضــايا فقهية معاصــرة طــبعة دار العلــم دمشــق الطبعة الأولى سنة ١٤١٩هــ١٩٩٨ ، ومما يؤيــد هــذا الوجــه مــا جــاء فى مغازى الواقدى : (فأجلاهم – أى بنى النضير رســول الله ــ ﷺ ــ مــن المديــنة ، وولــى إخراجهم محمد بن مسلمة ، فقالوا : إن لــنا ديونــاً علــى الــناس إلى آجال فقال رسول الله ــ ﷺ ــ ضعوا وتعجلوا ، فكــان لأبــى رافــع ســلام بن أبى الحقيق على أسيد بن حضير عشرون ومائة ديــنار إلــى ســنة ، فصــالحه علــى أخــذ رأس مالــه ثمانين دينارا وأبطل ما فضــل) جــ١ ، ص ٣٧٤ط عالم الكتب بدون تاريخ .

(٢) شــرح الســير الكبــير للسرخســى جـــ٤ ، ص١٨٤، ١٨٥ ، ٢٣٩ طــبعة دار الكتب العلمية بيروت ط الأولى سنة ١٤١٧هــ-١٩٩٧م.

(٣) محمد تقى العثمانى: المرجع السابق ص ٢٧.

(٤) مصــنف عــبد الــرزاق جـــ٨ ، ص٧٢ الأثر رقم ١٤٣٦٠ ، وكذلك الأثر رقم ١٤٣٦٢ وفــيه : (.. قــال ابــن عــباس : إنما الربا أخر لى وأنا أزيدك ، وليس عجــل لــى وأضــع عــنك) وأيضــا : الاســتذكار لابــن عــبد البر جــ٢٠ ، ص ٢٦١.

وجـــــه الاســـتدلال مـــن الأثر : أن قول ابن عباس – رضى الله عنهما – هذا يدل على جواز هذه المعاملة ؛ وذلك لأن مذهب الصحابى يعد حجة .

منـــاقشـــــة الاســـتدلال بهـــذا الأثـــر : ويمكن مناقشة الاستدلال بأثر ابن عباس من وجهين :

الوجه الأول : إن هذا الأثر مخالف لما ثبت عن رسول الله ﷺ من نهيه عن هذه المعاملة .

ولعل عذر ابن عباس – رضى الله عنه – فى ذلك هو عدم إطلاعه علـــى هـــذا الحديث وذلك لأنه إذا وجد لواحد من الأئمة قول قد جاء حديث صحيح بخلافه فلابد له من عذر فى تركه [1] .

الوجـــــه الثـــانـــى : إن هذا القول لابن عباس مبنى على مذهبه فى أنه لا ربـــا إلا فـــى النســـيئة ، وقد صح رجوعه إلى قول الجمهور من الصحابة وبالتالى لا حجة فيه [2] .

١٥٤ – ٣ – **مـــن المعـــقول :** وقد احتج من رأى هذا الرأى بالمعقول بما يأتى:

أ – إن التعجـــيل وحده جائز والإسقاط وحده جائز فجاز الجمع بينهما كما لو فعلا ذلك من غير اتفاق على ذلك . [3]

منـــاقشـــــــة هـــذا الوجـــه : ويناقش هذا الوجه بأن قياس الحط والتعجيل بالشـــرط والاتفـــاق على الحط والتعجيل بغير شرط أو اتفاق هو قياس مع الفارق ، ووجه الفرق : أن الحط و التعجيل بغير شرط أو اتفاق إنما هو فى باب التبرع وهو جائز لا شئ فيه من ربا أو غيره ، بل قد يكون مستحباً ولا سيما إذا كانت حالة المدين تستدعى الارفاق فهذا يناظر ما لو زاد المدين من

---

(١) مجمـــوع فـــتاوى شـــيخ الإســـلام جــــ ٢٠ ص ٢٣٢ . وقـــد صنف ابن تيمية – رحمـــه الله تعـــالى – هـــذه الأعـــذار ثلاثة أصناف أحدها : عدم الاعتقاد أن النبى – صـــلى الله علـــيه وســـلم – قالـــه والـــثانى عدم اعتقاد إرادة تلك المسألة بذلك القول . والثالث : اعتقاد أن ذلك الحكم منسوخ .

(٢) إعلاء السنن للعثمانى جــ ١٤ ، ص ٣٥٣ .

(٣) الشـــرح الكبـــير علـــى متـــن المقنع لشمس الدين ابن قدامة – كتاب الصلح جــ٥ ، ص ٥.

تلقاء نفسه فى المبلغ المسدد عند وفاء الدين ، فإذا كان هذا يعد من باب حسن القضاء فإن ذلك يعد من باب حسن الاقتضاء [١] .

قال رسول الله ـ ﷺ ـ " أحب الله عبدا سمحا إذا قضى سمحا إذا اقتضى " [٢] .

أما الحط والتعجيل بالشرط فهو من باب المعاوضة على الأجل فلا يجوز قياساً على الزيادة والتأجيل بالشرط " [٣] فافترقا .

ب – إن الدائن فى " ضع وعجل" يعد آخذا بعض حقه تاركاً البعض الآخر ، فجاز كما لو كان الدين حالاً.[٤]

مناقشة هذا الدليل : ويناقش هذا الدليل من وجهين :

الوجه الأول : إن القول بأن الدائن فى " ضع وتعجل" يعد آخذا بعض حقه تاركا البعض الآخر فجاز قول غير صحيح لأن المعجل لم يكن مستحقاً بالعقد حتى يكون استيفاؤه استيفاء لبعض حقه وهو خير من النسيئة لا محالة

---

(١) أحكام القرآن للجصاص جـ١ ، ص٤٦٧ ، الشرح الكبير على متن المقنع جـ٥ ،ص ٥ وفيه : (وفارق ما إذا كان من غير مواطأة ولا عقد لأن كل واحد منهما متبرع ببذل حقه من غير عوض ، ولا يلزم من جواز ذلك جوازه فى العقد أو مع الشرط ..) وأيضا :المحلى جـ٨ ، ص ٨٣ ، ٨٤ مسألة رقم ١٢٠٤ ، أ.د رفيق يونس المصرى :ص ٩٧.

(٢) هذا لفظ الموطأ وفيه : (مالك عن يحيى بن سعيد أنه سمع محمد بن المنكدر يقول ..) وذكر الحديث وعلى ذلك فهو موقوف على محمد بن المنكدر ينظر : موطأ مالك : باب جامع البيوع : ص ٥٩٧ طبعة اليمامة للطباعة والنشر دمشق ط الأولى سنة ١٤٢٠هـ – ١٩٩٩م كما أخرجه البخارى من طريق أبى غسان محمد بن مطرف عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله مرفوعاً بلفظ : رحم الله رجلا سمحا إذا باع وإذا اشترى وإذا اقتضى) ينظر: صحيح البخارى بشرح فتح البارى : كتاب البيوع – باب السهولة والسماحة فى الشراء والبيع حديث رقم ٢٠٧٦ ، جـ٤ ، ص٣٥٩ دار الريان للتراث الطبعة الثانية سنة ١٤٠٧هـ–١٩٨٧.

(٣) المبسوط جـ١٣ ، ص ١٢٦ ، الاستذكار جـ٢٠، ص ٢٥٩، ٢٦٠ ، التهذيب للبغوى جـ٨ ، ص ٤٥٥ ، الحاوى الكبير جـ١٨ ، ص ٢٣٣ ، المغنى لابن قدامة جـ٤ ، ص ١٨٩.

(٤) المغنى لابن قدامة جـ٤ ، ص١٨٩.

فـيكون خمسـمائة فى مقابل خمسمائة مثله من الدين ، وصفة التعجيل فى مقابلة الباقى ، وذلك اعتياض عن الأجل وهو حرام " [١] .

الوجـه الـثانـى : إن قياس " ضع وتعجل" فى الدين المؤجل على الدين الحال إنما هو قياس مع الفارق ، ووجد الفرق : أنه فى الدين المؤجل تكون الحطيطة فى مقابل الأجل فلا يجوز ، ولا كذلك فى الدين الحال .

جـ- إن الحط للتعجيل فى الديون المؤجلة جائز قياسا على الحط من دين الكتابة فى مقابل تعجيله. [٢]

منـاقشـة هـذا الـدليـل : ويناقش هذا الدليل بأن هذا القياس قياس مع الفـارق ، ووجه الفرق : أن الحط من دين الكتابة فى مقابل تعجيله إنما جاز ترغيباً فى العتق المحبب إلى الله – تعالى – ولأنه لا ربا بين العبد وسيده [٣] أما غير دين الكتابة فلا يوجد فيه هذا المعنى.

د – إن الحـط للتعجيل عكس الربا ، وذلك لأن الربا يتضمن الزيادة فى أحد العوضـين فى مقابل الأجل ، والحط للتعجيل يتضمن براءة ذمة المدين من بعض العوض فى مقابلة سقوط الأجل فسقط بعض العوض فى مقابلة سقوط بعـض الأجل فانتفع به كل واحد منهما ، ولم يكن هنا ربا لا حقيقة ولا لغة ولا عرفاً ، فإن الربا الزيادة وهى منتفية هنا . [٤]

منـاقشـة هـذا الدليـل : ويناقش هذا الدليل بأن القول بأن الحط للتعجيل عكـس الـربا قول غير صحيح ؛ وذلك لأن الحط والتعجيل وإن كان عكس الـربا فى الصورة إلا أنه مثله فى المعنى ؛ وذلك لأن المعنى الجامع بينهما

---

(١) العـناية علـى الهدايـة للـبابرتى جــ٧ ، ص ٣٩٦ وهـو بصـدد بـيان حكم (.. إذا كان له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة..) .

(٢) المبدع فى شرح المقنع جـ٤ ،ص٢٨٠.

(٣) المبسـوط للسرخسـى جــ١٣ ، ص١٢٦ ، الشـرح الكبـير للدرديـر وحاشية الدسـوقى علـيه جــ٤ ، ص ٣٩٠، المغـنى لابـن قدامـة : المـرجع السابق الموضع نفسه.

(٤) إعـلام الموقعيـن : بتصـرف يسـير جـ٣ ، ص٣٥٩، إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان لابن القيم جـ٢ ،ص١٣.

هو أن يكون للأجل عوضاً ، قال ابن عبد البر فى تعليل كون الحط للتعجيل مثل الزيادة للتأجيل : " .. وذلك لأن المعنى الجامع لهما هو أن يكون بإزاء الأمد الساقط والزائد بدلاً وعوضاً يزداده الذى يزيد فى الأجل ، ويسقط عن الذى يعجل الدين قبل محله ، فهذان وإن كان أحدهما عكس الآخر فهما مجتمعان فى المعنى الذى وصفنا "[1] .

١٥٥ – **الترجيح** : بعد عرض آراء الفقهاء فى هذه المسألة ، وأدلتهم ، ومناقشة أدلة الرأى الثانى أرى أن ما تطمئن إليه النفس ، ويميل إليه القلب هو ترجيح الرأى الأول القائل بعدم جواز هذه المعاملة وذلك لقوة أدلتهم وضعف أدلة الرأى الثانى ، ولأن القول بعدم الجواز هو الذى يتفق وقواعد الشريعة التى تقضى بحرمة الربا والذرائع المؤدية إليه ، حيث إن هذه المعاملة يتحقق فيها معنى الربا ؛ وذلك لأن المعنى الجامع بين هذه المعاملة وبين الربا ــ كما سبق القول ــ هو أن يكون للأجل الساقط أو الزائد عوض[2] كما أن هذه المعاملة تتحقق فيها الحكمة من تحريم الربا فإن كان المرابى يستغل حاجة المدين فإن المدين فى هذه المعاملة يستغل حاجة الدائن.

وقد يقال : إن هذه المعاملة قد تكون نافعة لكل من طرفيها ، فبالنسبة للدائن فإنه يتعجل اقتضاء دينه الذى له على المدين الأمر الذى يوفر له سيولة نقدية تمكنه من استعمالها فى أمور التجارة وغيرها ، وبالنسبة للمدين فإنه يتمكن من براءة ذمته من بعض هذا الدين فى مقابل قيامه بتعجيل سداد الباقى .

قال ابن القيم : ".. هذا يتضمن براءة ذمته من بعض العوض فى مقابلة سقوط الأجل فسقط بعض العوض فى مقابلة سقوط بعض الأجل

---

(١) الاستذكار جـ٢٠ ، ص ٢٥٩، ٢٦٠.

(٢) أحكام القرآن للجصاص جـ١ ، ص٤٦٧، المبسوط جـ١٣ ،ص ١٢٦، الموطأ ص ٥٠٦، الاستذكار جـ٢٠ ، ص٢٥٩ ، ٢٦٠ ، التهذيب للبغوى جـ٤، ص١٤٤ ، جـ٨ ، ص ٤٥٥ ،الحاوى الكبير للماوردى جـ١٨ ،ص ٢٣٣، المبدع فى شرح المقنع جـ٤ ،ص ٢٧٩.

فانتفع به كل واحد منهما " [١] .

إلا أنه يمكن أن يرد على ذلك بأنه ليس كل معاملة تتضمن نفعاً تعد مشـــروعة ، إذ إن الربا قد يتضمن نفعاً للمدين كما لو استغل مبلغ الدين فى نماء تجارته ، أو دفع غريم عن نفسه ، ولكن هذا النفع غير معتبر شرعاً .

وكذلــك فإن الله – سبحانه وتعالى – قال فى شأن الخمر والميسر : ﴿ يَسْـــأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا ﴾ [٢] .

فقوله : " ومنافع للناس" لا دلالة فيه على إباحة الخمر والميسر ؛ لأن المراد منافع الدنيا وإن فى سائر المحرمات منافع لمرتكبيها فى دنياهم إلا أن هذه المنافع لا تفى بضررها من العقاب المستحق بارتكابها ، فذكره لمنافعها غير دال على إباحتها . [٣]

فعلــم من ذلك أن المنافع المرجوة من هذه المعاملة غير معتبرة من الناحية الشرعية .

المطلب الثانى
التصرف فى الديــون ببيعها للمـدين بثمـن حـال فى القـانون المـدنى

١٥٦ – يجيز القانون المدنى بيع الديون أيا كان نوعها بدون قيد أو شرط[٤] وإذا كـنا بصدد الكلام عن بيع الدين للمدين بثمن حال فلابد من البحث عن نظـام قـانونى يقـابل هذا النوع من البيوع فى الفقه الإسلامى ، وباستقراء الأنظمـة القانونـية المخـتلفة فى القانون المدنى فإننا نجد أن أقرب النظم القانونـية لبـيع الدين للمدين بثمن حال هو ما يعرف فى القانون المدنى بــ

---

(١) إعلام الموقعين جـ٣ ، ص ٣٥٩.

(٢) سورة البقرة من الآية رقم ٢١٩.

(٣) فى هذا المعنى : أحكام القرآن للجصاص جـ١ ،ص ٣٢٢.

(٤) الشيخ عبد السميع إمام : مرجع سبق ذكره ص ١٢٠ ، الشيخ عيسوى أحمد عيسوى : مرجع سبق ذكره ص ١٥٠ .

(الوفاء بمقابل) فهو يتفق فى مضمونه وغايته مع بيع الدين للمدين بثمن حال فى الفقه الإسلامى. [١]

ولبيان ذلك سوف نسلط بعض الضوء على هذا النظام القانونى فنعرفه ، ونبين أركانه ، ثم نبين تكييفه القانونى وآثاره وذلك فى فرعين:

الفرع الأول : تعريف الوفاء بمقابل وأركانه.

الفرع الثانى : التكييف القانونى للوفاء بمقابل وآثاره.

الفرع الأول
تعريف الوفاء بمقابل وأركانه

١٥٧ - ويشتمل على غصنين :

الغصن الأول : تعريف الوفاء بمقابل .

الغصن الثانى : أركان الوفاء بمقابل.

الغصن الأول
تعريف الوفاء بمقابل

١٥٨ - نظم القانون المدنى الحالى[٢] الوفاء بمقابل فى الفصل الثانى[٣] من الباب الخامس[٤] من الكتاب الأول[٥] من القسم الأول[٦] منه وذلك فى

---

(١) الدكتور محمد نجم الدين الكردى : مرجع سبق ذكره ص ١١٤.

(٢) أما القانون المدنى القديم فلم يرد فيه النص على الوفاء بمقابل ، ولكنه كان معمولا به دون نص عليه ينظر : أ.د عبد الرازق السهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى ، الجزء الثالث : نظرية الالتزام بوجه عام : الأوصاف - الحوالة - الانقضاء فقرة ٤٧٣ ص ٧٩٧ طبعة دار إحياء التراث العربى سنة ١٩٥٨م وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : (أغفل التقنين القائم (السابق) الاعتياض (الوفاء بمقابل) فى نصوصه فوكل أمره بذلك إلى القواعد العامة) ينظر : مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ، ص٢٣٤ .

(٣) المخصص لانقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء.

(٤) المخصص لانقضاء الالتزام.

(٥) المخصص للالتزامات بوجه عام.

(٦) المخصص للالتزامات أو الحقوق الشخصيه.

المادتين ٣٥٠ ، ٣٥١.

والأصل أن الوفاء يكون بذات الدين الذى التزم به المدين ، فلا يجبر الدائـــن على استيفاء شئ آخر فى مقابل دينه حتى ولو كان هذا الشئ مساوياً لقــيمة الدين ، أو أكثر منه قيمة ؛ وذلك تطبيقاً لنص المادة ٣٤١ من القانون المدنـــى الـــتى تنص على أن : " الشيء المستحق أصلاً هو الذى يكون به الوفاء ، فلا يجبر الدائن على قبول شئ غيره ولو كان هذا الشيء مساوياً له فى القيمة ، أو كانت له قيمة أعلى " .

كما لا يجبر المدين على أن يفى بشيء آخر غير ما التزم به ، حتى ولـــو كان هذا الشيء أقل قيمة مما التزم به ، ولكن يجوز للدائن والمدين أن يـــتفقا على أن يستوفى الدائن شيئاً آخر فى مقابل دينه ، فإذا اتفقا على ذلك واستوفى الدائن فعلاً ، هذا الشئ فإن الدين ينقضى ، وتبرأ ذمة المدين ولكن لا عن طريق الوفاء ، بل عن طريق (الوفاء بمقابل) . [(١)]

وقـــد نصت المادة ٣٥٠ من القانون المدنى على أنه " إذا قبل الدائن فى استيفاء حقه مقابلاً استعاض به عن الشئ المستحق قام هذا مقام الوفاء " .

وعلى ضوء هذا النص يمكن تعريف الوفاء بمقابل بأنه: اتفاق الدائن

---

(١) أ.د عـــبد الـــرازق الســـنهورى : المـــرجع الســـابق فقرة ٤٧٢ص ٧٩٦ ، أ.د عبد الحـــى حجـــازى : الـــنظرية العامـــة للالـــتزام الجزء الثانى : أحكام الالتزام فقرة ١٦٧ ص ١٦٩، ١٦٧ طـــبعة المطـــبعة العالمـــية ســـنة ١٩٥٨ ، أ.د ســـليمان مـــرقس : الوافـــى فـــى شـــرح القـــانون المدنـــى الجزء السادس : أحكام الالتزام فقـــرة ٣٤٧ ص ٧٢٥ الطـــبعة الثانـــية ســـنة ١٩٩١م ، أ.د جلال محمد إبراهيم : الـــنظرية العامـــة للالـــتزام القســـم الـــثانى : أحكام الالتزام فقرة ٢٩١ ص ٤٨٥ طبعة سنة ٢٠٠٠م .

ويســـمى الوفـــاء بمقـــابل بـــــ(الاعتياض) ينظر : أ.د توفيق حسن فرج : النظرية العامـــة للالـــتزام الجـــزء الـــثانى أحكـــام الالتزام ص ٢١٩ طبعة سنة ١٩٨٥م ، أ.د جـــلال علـــى العـــدوى : أصـــول أحكـــام الالتزام والإثبات ص ٤٢ الناشر : منشـــأة المعـــارف بالإســـكندرية ســـنة ١٩٩٦م، كمـــا سماه البعض (الإيفاء بأداء العـــوض) .يـــنظر : أ.د مصـــطفى محمـــد الجمال : أحكام الالتزام فقرة ١٧٤ص ٢٨٢ سنة ٢٠٠٠م.

والمدين على أن يستبدلا بمحل الالتزام سواء كان عملا ، أو امتناع عن عمل ، أو إعطـــاء شئ محلاً آخر يجب أن يتمثل - دائماً - فى نقل ملكية شئ ، بشرط أن يقوم المدين بأداء هذا المحل فورا .[1]

ومـــن هـــذا التعريف يتبين لنا أن الوفاء بمقابل أو (الاعتياض) هو إعطـــاء الدائن شيئا يرتضيه بدلاً من المستحق له ، ويقوم الوفاء بمقابل مقام الوفاء العادى من حيث إنه يؤدى إلى انقضاء الالتزام .[2]

والوفاء بمقابل شائع - إلى حد ما - فى العمل ومثاله ــ فى الغالب ــ أن يكـــون شخص مديناً لآخر بمبلغ من النقود ، فيتفق مع دائنه على أن يعطـــيه بدلاً من هذه النقود كمية من القمح أو القطن[3] ــ مثلا ــ أو ينقل له ملكية سيارة من طراز معين ، أو قطعة أرض أو دار معينتين[4] أو يقدم له بدلاً من ذلك قطعة من الأثاث [5] ، أو غير ذلك ويتسلم الدائن البدل فعلاً .

على أن الوفاء بمقابل لا يقتصر على الحالة التى يكون الشخص فيها مديـــناً بمـــبلغ من النقود بل يمكن أن يرد على الالتزامات الأخرى أياً كان موضـــوعها ، كأن يعطى المدين الدائن بقرة مكان حصان ، أو قمحاً عوضاً عـــن ذرة ، أو شعير[6] ، أو سيارة معينة عوضاً عن التزامه برسم صورة ، أو أرضاً زراعية عوضاً عن التزامه بنقل ملكية منزل معين ، أو مبلغاً نقدياً

---

(١) قرب ذلك : أ.د جلال محمد إبراهيم : المرجع السابق فقرة ٢٩١ص ٤٨٥.

(٢) أ.د عـــبد الفـــتاح عـــبد الـــباقى : دروس أحكام الالتزام فقرة ٢٢٧ ص ٢٤٤ طبعة مطـــبعة جامعـــة القاهـــرة ســـنة ١٩٩٢م ، أ.د مصطفى الجمال : المرجع السابق فقرة ٢٧٤ ص ٢٨٣.

(٣) أ.د عـــبد الفـــتاح عـــبد الـــباقى المـــرجع الســـابق الموضع نفسه ، أ.د محمد لبيب شنب : أحكام الالتزام فقرة ١٩٨ ص ٢٢٤ بدون تاريخ

(٤) أ.د عـــبد الـــرازق الســـنهورى : المـــرجع الســـابق فقـــرة ٤٧٥ص ٧٩٨ ، أ.د مصطفى الجمال المرجع السابق فقرة ١٧٤ ص ٢٨٢.

(٥) أ.د عـــبد القـــادر الفـــار: أحكـــام الالتزام ــ آثار الحق فى القانون المدنى الأردنى ص ٤٠ الناشـــر : مكتـــبة دار الـــثقافة للنشـــر والتوزيع عمان الطبعة الثانية سنة ١٩٩٥م.

(٦) أ.د عبد الفتاح عبد الباقى : المرجع السابق الموصع نفسه.

عوضاً عن التزامه بعدم المنافسة خلال مدة معينة .[1]

الفصل الثاني
أركان الوفاء بمقابل

١٥٩- لكي يقوم " الوفاء بمقابل " لا بد فيه من توافر ركنين :

الأول : وجود اتفاق بين الدائن والمدين على الاستعاضة عن محل الوفاء الأصلي بنقل ملكية شيء آخر من المدين إلى الدائن .

الثاني : تنفيذ هذا الاتفاق فعلاً ، فتبرأ ذمة المدين .

١٦٠ **الركن الأول :** الاتفاق على الاستعاضة عن محل الوفاء الأصلي بنقل ملكية شيء آخر:

يفترض (الوفاء بمقابل) ــ دائما ــ وجود اتفاق عليه بين الدائن والمدين ، ولعل السبب في ذلك ــ كما سلف الذكر ــ أن أياً من الدائن والمدين لا يستطيع أن يجبر صاحبه على الوفاء بشيء آخر بدلاً عن محل الالتزام الأصلي ، فإذا أراد المدين أن يدفع للدائن عوضاً عن دينه شيئاً آخر ، فلا بد من اتفاقهما على ذلك .[2]

١٦١ – والوفاء بمقابل ــ كاتفاق ــ يخضع للقواعد العامة التي تخضع لها سائر الاتفاقات من حيث الأهلية ، وخلو الإرادة من العيوب ، والسبب والمحل ، والإثبات .

١٦٢- **فمن حيث الأهلية :** يجب أن تتوافر الأهلية اللازمة في كل من

---

(١) أ.د محمود جمال الدين زكي : نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ــ الجزء الثاني : أحكام الالتزام فقرة ٢١٨ ص ٢٣٠ طبعة مطبعة جامعة القاهرة سنة ١٩٧٤م.

(٢) أ.د عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق فقرة ٤٧٥ ص ٧٩٨ ، ٧٩٩ ، أ. جلال محمد إبراهيم : المرجع السابق فقرة ٢٩٢ ص ٤٨٧ ، أ.د مصطفى الجمال : المرجع السابق فقرة ١٧٥ ص ٢٧٣ ، أ.د محمد لبيب شنب : المرجع السابق فقرة ١٩٨ ص ٢٢٤ ، أ.د عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق فقرة ٢٢٨ ص ٢٤٥ .

طرفيه :

- **أما الدائن** : فيجب أن تتوافر فيه أهلية مباشرة الأعمال الدائرة بين النفع والضرر . (١)
- **وأمـــا المديـــن** : فلا يكتفى بالنسبة إليه بأهلية الوفاء بالدين فحسب ، بل يجـب أن تتوافر فيه أهلية التصرف فى الشىء الذى يقدمه وفاء لدينه ، وذلـك لأنـه يوفى دينه عن طريق نقل ملكية شىء إلى الدائن ، فالوفاء بمقـابـل بالنسـبـة إليه ينطوى على معنى الوفاء ، وعلى معنى نقل الملكية . (٢)
- **ومـن حيـث الإرادة** : يجب أن تكون إرادة كل من الطرفين خالية من العيوب فلا يشوبها غلط ، ولا تدليس ، ولا إكراه ، ولا استغلال .

١٦٣- **ومـــن حيـــث السـبب والمحـل** : يجب أن يكون للاتفاق سبب ومحل مستوفيان لشرائطهما القانونية :

- أما السبب فى الوفاء بمقابل فهو الوفاء بالدين الأصلى .
- وأمـا المحل : فهو الاستعاضة عن المحل الأصلى ــ سواء كان عملاً ، أو امتناعاً عن عمل ، أو إعطاء شىء ــ بمحل آخر يجب أن يتمثل دائماً فى نقل ملكية شىء من المدين إلى الدائن .

وعلى ذلك يشترط فى محل الوفاء بمقابل توافر شرطين :

الشـــرط الأول : ألا يكون ما يقدمه المدين كعوض داخلاً فى نطاق التزامه الأصلى ، بل يجب ان يكون شيئاً جديداً يستعاض به عن الالتزام الأصلى .

وعلى ذلك لا ينطوى الالتزام التخييرى ، والالتزام البدلى على وفاء بمقابل ، وذلك لأن المدين إذا اختار أحد محال الالتزام فى الالتزام التخييرى

---

(١) أ.د عـبد المـنعم الـبدراوى : الـنظرية العامـة للالـتزامات فى القانون المدنى المصـرى ــ الجـزء الـثانى أحكـام الالـتزام ص ٣٦٨ بالهـامش طـبعة سنة ١٩٨٩م .

(٢) أ.د عـبد الـرزاق السـنهورى: المـرجع السابق فقرة ٤٧٥ ص ٧٩٩ ، أ.د جلال إبراهيم المرجع السابق فقرة ٢٩٢ ، ص ٤٨٧ ، ٤٨٨ .

، أو اخـــتار البدل فى الالتزام البدلى فأداه ، فهو بذلك إنما يؤدى محلاً داخلاً فـــى نطـــاق الالتزام الأصلى ، متفقاً عليه منذ نشوء هذا الالتزام ، فليس هو شـــيئاً جديـــداً خارجاً عن نطاق الالتزام الأصلى يستعاض به عن محل هذا الالتزام [1] ، لذلك فإنه يعد وفاء بالمعنى الدقيق ، وليس وفاء بمقابل . [2]

الشــــرط الثانـــى : أن يكون محل " الوفاء بمقابل " نقل ملكية شىء ، فـــلا يجوز أن يكون محل الوفاء بمقابل التزاماً بعمل ، أو التزاماً بامتناع عن عمـــل .

وترتيباً على ذلك : لا نكون بصدد وفاء بمقابل فى حالة ما إذا اتفق المقترض مع المقرض على أن يقوم الأول بنسخ كتاب للثانى عوضاً عن رد القرض ، أو يلتزم بعدم منافسته خلال مدة معينة ، وإنما نكون ــ فى هاتين الحالتين ــ بصدد تجديد للدين بتغيير المحل ، وليس وفاء بمقابل . [3]

كذلـــك لا نكـــــون بصــــدد وفاء بمقابل إذا كان محل الوفاء التزاماً بـــنقـــل حق شخصى كما لو قدم المدين لدائنه ــ كعوض عن دينه ــ حقاً له فى ذمة الغير ، وإنما نكون فى هذه الحالة بصدد "حوالة حق " أو " إنابة عن الوفاء " . [4]

- **ومـــــن حيـــث الإثبـــات** : فيثبت الاتفاق على الوفاء بمقابل وفقاً للقواعد

---

(١) أ.د عـــبد الـــرزاق الســـنهورى : المـــرجع السابق فقرة ٤٧٥ ص ٧٩٩ ، ٨٠٠ ، أ.د جـــلال محمـــد إبراهـــيم : المـــرجع السابق فقرة ٢٩٣ ص ٤٩١ ، أ.د توفيق حسن فرج : المرجع السابق ص ٢٢٠ .

(٢) أ.د جلال محمد إبراهيم : المرجع السابق الموضع نفسه .

(٣) أ.د عـــبد الـــرزاق الســـنهورى : المـــرجع السابق فقرة ٤٧٥ ص ٨٠٠ ، أ.د عبد الحـــى حجـــازى : المـــرجع الســـابق فقـــرة ١٦٩ ص ١٧٠ ، ١٧١ ، أ.د جلال محمد إبراهيم : المرجع السابق فقرة ٢٩٣ ص ٤٩٠ .

(٤) أ.د عـــبد الحـــى حجـــازى : المـــرجع الســـابق فقرة ١٧١ ص ١٧١ ، أ. د جلال محمـــد إبراهـــيم : المـــرجع الســـابق : الصفحة نفسها ، أ.د سعيد سعد عبد السلام : الوجـــيز فـــى أحكـــام الالـــتزام والإثـــبات : ص ٣٠٠ الناشـــر : دار النهضة العربية سنة ٢٠٠٠م .

العامة فى الإثبات ، فلا يجوز الإثبات فيما يزيد على خمسمائة جنيه [1] جنيه إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها ، على أنه إذا ثبت أن الدائن قد تسلم شيئاً غير المستحق له دون تحفظ فإنه يفترض أنه قد ارتضى أن يقوم ذلك مقام الوفاء، إلا أن يقوم الدليل على عكس ذلك. [2]

١٦٤ – الركن الثانى : تعاصر الاتفاق على الوفاء بمقابل مع تنفيذه الفورى:

لا يكفى لوجود " الوفاء بمقابل " أن يتفق الدائن والمدين على ان يقوم الثانى بنقل ملكية شيء إلى الأول عوضاً عن دينه ، وإنما يجب ـ علاوة على ذلك ـ أن يقوم المدين بتنفيذ هذا الالتزام فور نشوئه ، وذلك بنقل ملكية العوض إلى الدائن ، بحيث يتعاصر الوفاء بمقابل مع الاتفاق عليه ، فمثلاً إذا كان المقابل مائة قنطار من القطن ، أو مائة أردب من القمح وجب إفراز هذه المقادير حتى تنتقل ملكيتها إلى الدائن ، وإذا كان المقابل داراً ، أو أرضاً وجب تسجيل الاتفاق على الوفاء بمقابل ، حتى تنتقل ملكية الدار أو الأرض من المدين إلى الدائن ، أما إذا اقتصر الأمر على مجرد الاتفاق على إنشاء هذا الالتزام دون أن يتعاصر ذلك مع تنفيذه ، فإننا لا نكون بصدد وفاء بمقابل ، وإنما نكون بصدد تجديد للالتزام بتغيير محله . [3]

---

(١) حدد القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨م نصاب الإثبات بالكتابة بأنه ما يجاوز ٢٠ جنيهاً وذلك فى المادة ٦٠ منه ، ثم رفع النصاب بالقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٩٢م إلى ١٠٠ جنيه ثم رفع مرة أخرى بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩م إلى ٥٠٠ جنيه .

(٢) أ.د عبد الرزاق السنهورى : المرجع السابق الموضع نفسه ، أ.د سليمان مرقس : المرجع السابق فقرة ٣٤٧ ص ٧٢٥ ، أ.د جلال محمد إبراهيم : المرجع السابق فقرة ٢٩٢ ص ٤٨٨ .

(٣) أ. السنهورى : المرجع السابق فقرة ٤٧٦ ص ٨٠١ ، أ.د عبد الحى حجازى : المرجع السابق فقرة ١٧٠ ص ١٧١ ، أ.د عبد الفتاح عبد الباقى : المرجع السابق فقرة ٢٢٨ ص ٢٤٥ ، أ.د مصطفى الجمال : المرجع السابق فقرة ١٧٥ ص ٢٨٤ ، أ.د جلال العدوى : المرجع السابق ص ٤٢ ، أ.د جلال محمد إبراهيم : المرجع السابق فقرة ٢٩٤ ص ٤٩١ ، أ.د سعيد سعد عبد السلام : المرجع السابق ص ٣٠١ ، أ.د منذر الفضل : النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى الأردنى ٢٧٢ طبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع ـ عمان الأردن ـ الطبعة الأولى سنة ١٤١٢هـ ١٩٩٢م .

الفرع الثانى

التكييف القانونى للوفاء بمقابل وآثاره

١٦٥- ويشتمل على غصنين :

الغصن الأول : التكييف القانونى للوفاء بمقابل.

الغصن الثانى : آثار الوفاء بمقابل .

الغصن الأول

التكييف القانونى للوفاء بمقابل

١٦٦- اختلف فقهاء القانون المدنى [١] فى تكييف الوفاء بمقابل ، ولعل أهم ما قيل فى تكييفه ما يأتى :

١٦٧- ١- **(الوفاء بمقابل) بيع (أو مقايضة) تعقبه مقاصة :**

يرى البعض أن الوفاء بمقابل هو بيع أو مقايضة تعقبه مقاصة ، وبيان ذلك : أن المدين حين يقدم لدائنه المقابل بدلاً عن دينه ، ويقبل الدائن ذلك ، فإن ذلك يؤدى إلى انعقاد عقد بيع بينهما (أو مقايضة إذا كان محل التزام المدين ليس مبلغاً من النقود ولكن تسليم شىء) يشترى فيه الدائن المقابل الذى يقدمه المدين بثمن يعادل قيمة الدين الذى فى ذمته فتتم عملية البيع أولاً ، ويصبح الدائن مديناً بثمن معادل للدين الذى له ، فتقع مقاصة قانونية بين هذا الدين والثمن فينقضى كلاهما بالمقاصة ويبقى المدين بعد ذلك ملتزماً قبل الدائن بنقل ملكية المقابل . [٢]

---

(١) يراجع فى بيان الآراء فى هذا الموضوع : أ.د عبد الرزاق السنهورى : المرجع السابق فقرة ٤٧٧ وما بعدها ص ٨٠١ وما بعدها ، أ.د عبد الحى حجازى : المرجع السابق فقرة ١٧٢ ص ١٧٢ ، أ.د عبد المنعم البدراوى : المرجع السابق فقرة ٣٤٥ ص ٣٦٥ ، أ.د جلال محمد إبراهيم : المرجع السابق فقرة ٢٩٥ ، ص ٢٩٣ ، أ.د توفيق حسن فرج : المرجع السابق ، ص ٢٢٠ .

(٢) أ.د السنهورى : مرجع سبق ذكره فقرة ٤٧٨ ص ٨٠٢ ، أ.د جلال محمد إبراهيم : مرجع سبق ذكره ص ٤٩٤ ، ٤٩٥ بالهامش .

ووفقاً لهذا الرأى فإن الوفاء بمقابل يقضى الدين ذاته ، ولكن بطريق غير مباشر حيث يجعل الثمن قصاصاً فى هذا الدين . (١)

ويترتب على هذا الرأى أنه إذا استحق المقابل من يد الدائن ، كان له الـــرجوع على المدين بدعوى ضمان استحقاق الشىء المبيع ، وليس بدعوى الدين الأصلى وما كان يكفله من تأمينات . (٢)

وقـــد أخـــذت محكمـــة النقض المصرية فى حكم لها بهذا التكييف ، حيث قررت أن " الشىء الذى أعطى للوفاء يقوم مقام المبيع ، والمبلغ الذى أريد الوفاء به يقوم مقام الثمن الذى يتم دفه فى هذه الحالة بطريق المقاصة ، ومـــن ثـــم يجب أن يسرى على هذا النوع من الوفاء جميع الأحكام المقررة للبيع " . (٣)

ويؤخذ على هذا التكييف أنه يقف بالوفاء بمقابل عند المرحلة الأولى، إذ يكفى ــ طبقاً لهذا التكييف ــ أن يلتزم المدين للدائن بنقل ملكية المقابل ، ولا يستلزم أن تنتقل الملكية فعلاً إلى الدائن ، مع أنه قد سبق القول إن الوفاء بمقـــابل لا يتم ، ولا تبرأ ذمة المدين الأصلى إلا إذا انتقلت الملكية فعلاً إلى الدائـــن ، فإذا اقتصر الأمر على مجرد التزام المدين بنقل ملكية المقابل فقط دون نقلهـــا فعلاً ، فإننا لا نكون بصدد وفاء بمقابل ، وإنما نكون أمام تجديد بتغيير محل الدين . (٤)

كمـــا يؤخـــذ علـــى هـــذا التكيـــيف ــ أيضـــاً ــ أنه لا يصدق فى جمـــيع الأحوال ، فهو لا يصدق إلا إذا كان محل الالتزام الأصلى مبلغاً من الـــنقود ، أو تســـليم شـــىء ، أما إذا كان محله القيام بعمل فلا يصدق عليه

---

(١) أ. د عـــبد الـــرزاق الســـنهورى : المـــرجع الســـابق فقـــرة ٤٧٩ ص ٨٠٣ ، أ.د جلال محمد إبراهيم : المرجع السابق ص ٤٩٥ بالهامش .

(٢) أ.د جلال محمد إبراهيم : المرجع السابق الموضع نفسه .

(٣) نقـــض مدنـــى فـــى ١٩٤٤/٥/١٨ مجموعـــة القواعـــد القانونية جـــ ٤ ص ٣٨٥ فقرة ١٣٩ .

(٤) أ.د السنهورى : المرجع السابق فقرة ٤٧٨ ص ٨٠٢ .

هذا التكييف . [1]

١٦٨- ٢ - (**الوفاء بمقابل) وفاء إلا أنه وفاء غير عادى .**

ويرى البعض [2] أن الوفاء بمقابل ما هو إلا وفاء ، إلا أنه وفاء غير عادى ، حيث استعيض فيه عن الشىء المستحق أصلاً بشىء آخر ، وذلك باتفاق الطرفين ، فهو كالوفاء يقضى الدين ذاته بطريق مباشر ، ولكنه يقضيه بمقابل الشىء المستحق ، لا بالشىء المستحق ذاته .

ووفقاً لهذا التكييف فإن الدائن يكون قد استوفى الدين الذى له فى ذمة المدين ، وعلى ذلك إذا استحق المقابل فى يد الدائن بطل الوفاء ، ورجع الدين الأصلى إلى ذمة المدين بجميع ما كان له من تأمينات ، وفى هذه الحالة يرجع الدائن على المدين بدعوى الدين الأصلى ، لا بدعوى ضمان الاستحقاق . [3]

ولكن يؤخذ على هذا التكييف أن مقتضياته لا تتفق مع أحكام الوفاء بمقابل ، وذلك لأن من مقتضيات هذا التكييف أنه إذا بطل الوفاء بمقابل، أو استحق المقابل فى يد الدائن ، فإن الدين الأصلى يعود ، ومتى عاد عادت معه جميع التأمينات التى كانت تكفله ، وهذا لا يتفق مع ما هو مقرر فى الوفاء بمقابل من أنه يقضى التأمينات إلى غير رجعة حتى ولو استحق المقابل . [4]

---

(١) ينظر فى تفصيل هذا النقد : أ.د عبد الحى حجازى : المرجع السابق فقرة ١٧٢ ، ١٧٣ ، ص ١٧٢ ، ١٧٣ ، أ.د محمود جمال الدين زكى : المرجع السابق فقرة ٢١٨ ص ٢٣١ .

(٢) وهذا التكييف هو الذى كان سائداً فى القانون الفرنسى القديم ، وكان يقول به (دوما) و(بوتييه) ولا يزال يقول به بعض فقهاء القانون الفرنسى الحديث . ينظر : أ.د عبد الرزاق السنهورى : المرجع السابق فقرة ٤٧٩ ص ٨٠٣ ، أ.د عبد الحى حجازى: المرجع السابق فقرة ١٧٢ ص ١٧٢ .

(٣) أ.د السنهورى : المرجع والمكان السابقان ، أ.د جلال محمد إبراهيم : المرجع السابق ص ٤٩٤ هامش

(٤) أ.د السنهورى : المرجع السابق فقرة ٤٧٩ ص ٨٠٤ ، ٨٠٥ .

١٦٩- ٣- (الوفاء بمقابل) عملية مركبة من تجديد ووفاء عن طريق نقل الملكية :

والتكييف الذى أخذ يتغلب فى الفقه المعاصر ، وهو الذى يساير النصوص التشريعية فى مصر وفرنسا [١] ، هو أن الوفاء بمقابل عمل مركب من تجديد للالتزام بتغيير المحل ووفاء عن طريق نقل الملكية . [٢]

فهو أولاً تجديد بتغيير محل الدين ، وذلك لأن الدائن والمدين يتفقان – أولاً – على تغيير المحل الأصلى للدين بمحل جديد هو الوفاء بمقابل ، ويترتب على هذه الخطوة أن الدين الأصلى ينقضى ، وتنقضى معه تأميناته عن طريق التجديد .

ثم إن هذا الدين الجديد الذى استعيض به عن المحل الأصلى للدين ينفذ عن طريق الوفاء، فتنتقل الملكية فعلاً إلى الدائن ، وبذلك يتم الوفاء بمقابل . [٣]

ويتضح من هذا التكييف أمران :

الأول : أن الدين الأصلى فى الوفاء بمقابل ينقضى بالتجديد ، أما الدين الجديد الذى حل محل الدين الأصلى فينقضى بالوفاء عيناً ، لا بمقابل الوفاء . [٤]

---

(١) أ.د السنهورى : المرجع السابق فقرة ١٨٠ ص ٨٠٥ .

(٢) المرجع السابق : الموضع نفسه ، وأيضاً : أ.د سليمان مرقس : المرجع السابق فقرة ٣٤٨ ص ٧٢٦ ، الدكتور جلال العدوى : المرجع السابق ص ٤٣ ، أ.د مصطفى الجمال : المرجع السابق فقرة ١٧٦ ص ٢٨٤ .

(٣) أ.د السنهورى : المرجع السابق الموضع نفسه ، أ.د جلال محمد إبراهيم : المرجع والمكان السابقان .

(٤) جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : (ويراعى أن الوفاء بالدين القديم لا يتم بمقتضى الإدلاء بالعوض ، وإنما ينشأ التزام جديد يحل محل هذا الدين ، وهذا الالتزام هو الذى ينقضى بالوفاء فور الوقت عن طريق انتقال حق الملك فى ذلك العوض ، فالاعتياض – والحالة هذه – ليس إلا تجديداً يتبع بالوفاء بالالتزام الجديد على الفور) ينظر : مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٣ ص ٢٣٧ .

الثانى : أن الوفاء بمقابل يجمع فى أحكامه بين الوفاء ونقل الملكية .[١]

١٧٠- ٤ – الوفاء بمقابل عقد عينى تنتقل به ملكية شىء من ذمة المدين إلى ذمة الدائن يترتب عليه الوفاء بالتزام سابق :

ويرى بعض الفقهاء أن الوفاء بمقابل هو عقد عينى بمقتضاه يقبل الدائن أن يأخذ بدلاً من الأداء المتفق عليه أداء آخر ، وينقضى — فى لوقت نفسه — الالتزام الأول ، فهو إذن عقد وفاء من مستلزماته أن ينفذ فور انعقاده ، وهو يقترب من عقد البيع من حيث إنه تسرى عليه أحكام البيع فيما يتعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق ، وضمان العيوب الخفية ، كما أنه — قبل كل شىء — عقد وفاء تسرى عليه أحكام الوفاء ، وبالأخص ما يتعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات .[٢]

١٧١ – ٥ – الوفاء بمقابل هو عقد خاص يقصد به تمليك عين فى مقابل دين :

يرى بعض الفقه أن الوفاء بمقابل هو عقد خاص يقصد به تمليك عين فى مقابل دين ، وهذا العقد يترتب عليه نقل ملكية المقابل ، وانقضاء الدين الذى على المدين ، ويرى أصحاب هذا الرأى أنه إذا تبين عدم وجود الدين ، فإن العقد – والحالة هذه – يكون باطلاً لانعدام السبب وينطبق على هذا العقد باعتباره من عقود التمليك بعوض أحكام عقد البيع ،وذلك لأن القاعدة العامة فى القانون المدنى أن العقود غير المسماة تخضع لأحكام العقود المسماة التى تشاركها فى خصائصها الجوهرية[٣].

وأرى ترجيح هذا التكييف الأخير ، وذلك لسلامة الأساس القانونى الذى بنى عليه ، واتساقه مع القواعد العامة فى التطبيق [٤].

---

(١) أ.د السنهورى : المرجع السابق فقرة ٤٨٠ ص ٨٠٦ ، وأيضاً : مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٣ ص ٢٣٤ .

(٢) أ.د عبد الحى حجازى : المرجع السابق فقرة ١٧٣ ص ١٧٣ ، ١٧٤ .

(٣) أ . د عبد المنعم البدراوى: المرجع السابق فقرة ٣٤٦ ، ص ٣٦٧ ، أ . د سعيد سعد عبد السلام: المرجع السابق ، ص ٢٩٩.

(٤) أ . د سعيد عبد السلام: المرجع السابق الموضع نفسه.

الفصل الثانى

آثار الوفاء بمقابل[1]

١٧٢ – تنص المادة ٣٥١ من القانون المدنى على أنه: " يسرى على الوفاء بمقابل فيما إذا كان ينقل ملكية شئ أعطى فى مقابلة الدين أحكام البيع ، وبالأخص ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق ، وضمان العيوب الخفية ، ويسرى عليه من حيث إنه يقضى الدين أحكام الوفاء ، وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع ، وانقضاء التأمينات " .

وإذا نظرنا فى هذا النص ، فإنه سرعان ما يتضح أن (الوفاء بمقابل) يترتب عليه أثران مختلفان ، فهو من ناحية تسرى عليه أحكام البيع باعتباره ناقلاً للملكية ، ومن ناحية أخرى: تسرى عليه أحكام الوفاء باعتبار أنه يقضى الدين ، وسوف ألقى بعض الضوء على هذين الأثرين فيما يأتى :

١٧٣ – أولاً : أثر الوفاء بمقابل باعتباره ناقلاً للملكية :

لما كان الوفاء بمقابل ينقل ملكية الشئ الذى يعطى فى مقابلة الدين من المدين إلى الدائن ، فإنه تسرى عليه من هذه الناحية أحكام البيع التى حرصت المادة ٣٥١ مدنى على أن تخص بعضها بالذكر ، الأمر الذى يفهم معه أن هذه الأحكام إنما وردت فى هذه المادة على سبيل المثال ، لا على سبيل الحصر[2] ، ولهذا فإن من المستقر عليه أن أحكام البيع تسرى على الوفاء بمقابل من النواحى الآتية :

١ – **الأهلية**: وقد سبق القول: إنه يشترط فى المدين – ليس فقط أهلية

---

(١) ينظر فى عرض هذا الموضوع: أ . د عبد الرزاق السنهورى: المرجع السابق فقرة ٤٨١ وما بعدها ، ص ٨٠٦ وما بعدها ، أ . د عبد الحى حجازى: المرجع السابق فقرة ١٧٤ وما بعدها ، ص ١٧٥ وما بعدها ، أ . د محمود جمال الدين زكى: المرجع السابق فقرة ٢١٩ ، ص ٢٢١ ، أ . د توفيق حسن فرج: المرجع السابق ، ص ٢٢١ ، ٢٢٢ ، أ . د عبد الفتاح عبد الباقى: المرجع السابق ، ٢٢٩ ، ص ٢٤٥ ، ٢٤٦ ، أ . د محمد لبيب شنب: المرجع السابق فقرة ١٩٩ ، ص ٢٢٥ ، ٢٢٦.

(٢) أ . د عبد الرزاق السنهورى: المرجع السابق فقرة ٤٨٢ ، ص ٨٠٨ ، ٨١٠ ، أ . د جلال محمد إبراهيم : المرجع السابق فقرة ٢٩٧ ، ص ٤٩٨.

الوفـــاء بالدين ــ وإنما ــ أيضا ــ أهلية التصرف فى الشئ الذى يقدمه عوضاً عن دينه ، وذلك لأن الوفاء بمقابل النسبة للمدين لا يقتصر على معنى الوفاء ، وإنما ينطوى – أيضاً – على معنى نقل الملكية ،أما الدائن فيشترط فيه أهلية مباشرة الأعمال الدائرة بين النفع والضرر[١].

٢ – **ضمان الاستحقاق** : فإذا استحق المقابل فى يد الدائن ، فإنه يرجع على المديـــن بضـــمان الاستحقاق كما يرجع المشترى على البائع وفقاً لنص المادتين ٤٤٣ – ٤٤٤ من القانون المدنى[٢] .

٣ – **ضـــمان العيوب الخفية**: إذا اكتشف الدائن فى المقابل عيباً ، فإنه يرجع علـــى المدين بضمان العيوب الخفية ، كما يرجع المشترى على البائع ، طـــبقاً لأحكـــام المـــواد٤٤٧ – ٤٥٤ ، والمـــادة ٤٤٤ مدنـــى الخاصة بالاستحقاق الجزئى[٣].

٤ – **امتياز البائع**: إذا كان المقابل الذى قدمه الدائن إلى المدين أكبر قيمة من الديـــن ، فـــإن المديـــن – والحالة هذه – يصبح دائناً للدائن بالفارق بين

---

(١) يراجع آنفاً فقرة ١٦٢ من هذه الرسالة .

(٢) ووفقاً لنص المادة ٤٤٣ مدنى يرجع الدائن على المدين بما يأتى:
أ – قيمة المقابل وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت.
ب – قيمة الثمار التى ألزم الدائن بردها لمن استحق المقابل.
جـــــ- المصـــروفات الـــنافعة الـــتى لا يســـتطيع الدائـــن أن يلـــزم بها المستحق ، وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان المدين سيئ النية.
د – جمـــيع مصـــروفات دعـــوى الضـــمان ، ودعوى الاستحقاق عدا ما كان الدائن يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر المدين بالدعوى طبقاً لنص المادة ٤٤٠.
هــــ – بوجـــه عـــام ، تعويـــض الدائـــن عما لحقه من خسارة ، أو فاته من كسب بسبب استحقاق المقابل.

(٣) أ . د عـــبد الحـــى حجـــازى: المـــرجع السابق فقرة ١٧٥ ، ص ١٧٦ ، أ . د عبد الـــرزاق الســـنهورى : المـــرجع الســـابق ، فقرة ٤٨٢ ، ص ٨٠٩ ، أ . د جلال محمـــد إبراهـــيم: المـــرجع الســـابق ، فقـــرة ٢٩٧ ، ص ٥٠٠ وأيضاً: أ . د عبد الفـــتاح عـــبد الـــباقى: المـــرجع الســـابق فقـــرة ٢٢٩ ، ص ٢٤٦ ، أ . د توفيق حسن فرج: المرجع السابق ، ٢٢١.

القيمتيـــن (وهو ما يسمى بالمعدل) وفى هذه الحالة فإن حق المدين فى استيفاء هذا المعدل يكون مضموناً بامتياز البائع .

٥ - **وجوب تسجيل الوفاء بمقابل ، إذا كان محله عقاراً** ؛ وذلك حتى يحدث أثره من حيث انتقال الملكية ،كما أن الرسوم المستحقة عن هذا التسجيل تحصل بنفس القدر كما فى البيع .

٦ - **إذا كـــان المديـــن قاصـــراً** ، وكان المقابل عقاراً تقل قيمته عن أربعة أخمـــاس الدين ، فإنه يكون من حق الدائن أن يطالب بتكملة الثمن للغبن عملاً بنص المادة ٤٢٥ مدنى[١] .

١٧٤ - ثـانيـاً : أثــر الوفـاء بمقـابـل باعتـبـاره وفـاء :

يــؤدى الوفـــاء بمقابل - باعتباره وفاء - إلى انقضاء الدين ، ووفقاً لنص المادة ٣٥١ مدنى يترتب عليه النتائج الآتية :

١ - إذا كـــان الديـــن مضموناً بتأمينات ، فإن هذه التأمينات تنقضى إذا تم دفع المقابل ، سواء كانت هذه التأمينات عينية كالرهون ، أو شخصية كالكفالة[٢].

٢ - اتباع الأحكام المتعلقة بتعيين جهة الدفع (المنصوص عليها بالمادتين ٣٤٤ ، ٣٤٥ مدنـــى) وذلك فى حالة ما إذا كان للدائن فى ذمة المدين عدة ديون من جنس واحد وكان المقابل الذى أداه المدين لا يفى بهذه الديون جميعها ، ففى هذه الحالة يكون للمدين أن يعين الدين الذى دفع مقابله ، فإذا لم يعين ، كان الدين الذى دفع المقابل لـــه هو الدين الحال ، فإذا تعددت الديون الحالة كان الدين الذى دفع مقابل له هو أشدها كلفة على المدين ، فإذا تساوت الديون فى الكلفة أيضاً ، كان الدين الذى دفع المقابل له هو الذى يعينه الدائن[٣].

---

(١) أ . د عـــبد الـــرزاق الســـنهورى: المـــرجع السابق فقرة ٤٨٢ ، ص ٨١٠ ، أ . د جـــلال محمـــد إبراهـــيم: المـــرجع الســـابق الموضـــع نفســـه ، أ . د سعيد عبد السلام: المرجع السابق ، ص ٣٠٢.

(٢) أ . د محمـــد لبيـــب شـــنب: المـــرجع الســـابق فقرة ١٩٩ ، ص ٢٢٦ ، أ . د عبد الفتاح عبد الباقى: المرجع السابق الموضع نفسه.

(٣) المادتـــان ٣٤٤ ، ٣٤٥ مدنـــى ، وأيضـــا: أ . د عـــبد الرزاق السنهورى: المرجع الســـابق فقـــرة ٤٨٣ ، ص ٨١١ ، أ . د توفـــيق حســـن فرج : المرجع السابق ، ص ٢٢٢.

٣ – إذا تبين أن المدين قد دفع مقابلاً لدين لا وجود له ، فإنه – والحالة هذه – تتبع أحكام الوفاء لا أحكام نقل الملكية ،ومن ثم لا يرجع المدين على الدائن بمقدار الدين ،ولكن يسترد منه المقابل الذى دفعه بدعوى استرداد غير المستحق(١).

٤ – يجوز لدائنى المدين الذى أوفى بمقابل أن يطعنوا على هذا الوفاء بالدعوى البولصية بنفس القدر الذى يجوز لهم الطعن على الوفاء الصادر منه بهذه الدعوى وفقاً لأحكام المادة ٢/٢٤٢ مدنى ، وعلى ذلك فيجوز له الطعن على الوفاء بمقابل إذا كان المدين معسراً وأوفى أحد دائنيه بمقابل قبل انقضاء الأجل الذى عين أصلاً للوفاء ، أو بعد انقضاء الأجل إذا كان الوفاء بمقابل قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذى استوفى المقابل(٢).

١٧٥- المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى :

بالنظر إلى موقف كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى من بيع الدين للمدين بثمن حال يلاحظ اتفاقهما فى بعض الأمور واختلافهما فى البعض الآخر .

* فيتفق بيع الدين للمدين بثمن حال فى الفقه الإسلامى مع الوفاء بمقابل فى القانون المدنى فى أنه يجب على المدين فى كل منهما أن يقوم بأداء الثمن فوراً .

* كما يتفق بيع الدين للمدين بثمن حال فى الفقه الإسلامى مع الوفاء بمقابل فى القانون المدنى فى أن كلاً منهما ينقل ملكية الثمن الذى يعطى فى مقابل الدين من المدين إلى الدائن .

* كما يتفقان – أيضاً – فى أنه إذا كان الدين المبيع مضموناً بتأمينات

---

(١) أ . د السنهورى: المرجع السابق الموضع نفسه ، أ . د جلال محمد إبراهيم: المرجع السابق ، فقرة ٢٩٨ ، ص ٥٠١ ، أ . د توفيق حسن فرج: المرجع والمكان السابقان.

(٢) المراجع السابقة: المواضع نفسها ، وأيضاً: أ . د عبد الحى حجازى : المرجع السابق فقرة ١٧٨ ، ص ١٧٧.

سواءً كانت هذه التأمنيات عينية كالرهن ، أو شخصية كالكفالة ، فإنه هذه التأمينات تنقضى .

- وإذا كان القانون المدنى يتفق مع الفقه الإسلامى فيما تقدم ، إلا أنهما يختلفان فى أن الفقه الإسلامى لا يجيز – وفقاً لما سبق ترجيحه – بيع الدين للمدين بثمن حال أقل منه (مسألة ضع وتعجل) لما فيها من معنى الربا ، أو على أقل تقدير فيها ذريعة إليه ، أما القانون المدنى فإنه يجيز بيع الديون أياً كان نوعها دون قيد أو شرط ، دونما اعتبار لحرمة الربا .

* إن الفقه الإسلامى كان فى معالجته موضوع بيع الدين للمدين بثمن حال أكثر دقة وإحاطةً وشمولاً من معالجة القانون المدنى ، فقد فرق الفقه الإسلامى بين الديون المستقرة ، والديون غير المستقرة ، وفى الديون غير المستقرة فرق بين دين السلم وبين الديون غير المستقرة الأخرى ، وأما القانون المدنى فلم يعرف هذا التقسيم ، مما يدل على عظمة الفقه الإسلامى وتفوقه على القوانين الوضعية .

المبحث الثانى

التصرف فى الديون ببيعها للمدين بثمن مؤجل فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

١٧٦ – ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: التصرف فى الديون ببيعها للمدين بثمن مؤجل فى الفقه الإسلامى .

المطلب الثانى: التصرف فى الديون ببيعها للمدين بثمن مؤجل فى القانون المدنى .

* المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى

المطلب الأول

التصرف فى الديون ببيعها للمدين بثمن مؤجل فى الفقه الإسلامى

١٧٧ – تمهيد وتقسيم :

قد يكون هناك شخص دائن لشخص آخر بمبلغ من المال – مثلاً – فهل يجوز لهذين الشخصين أن يتفقا على أن يدفع المدين للدائن بدلاً عن دينه سيارة ، أو عدداً من الأجهزة الكهربائية ، بعد خمسة أشهر مثلاً ؟

كما قد يكون هناك شخص دائن لشخص آخر ، فهل يجوز للدائن أن يجعل الدين الذى له على المدين رأس مال لسلم فى ذمة المدين ؟ أو بعبارة أخرى : هل يجوز بيع الدين بسلعة موصوفة فى الذمة مؤجلة ،هذا ما سأتناوله فى هذا المطلب مقسماً إياه إلى فرعين:

الفرع الأول: التصرف فى الديون ببيعها للمدين بثمن مؤجل.

الفرع الثانى: التصرف فى الديون ببيعها للمدين بسلعة موصوفة فى الذمة مؤجلة.

الفرع الأول

التصرف فى الديون ببيعها للمدين بثمن مؤجل

١٧٨ – تصوير المسألة: وصورة المسألة: أن يكون لـ (محمد) على (أحمد) دين مقداره عشرة آلاف جنيه – مثلاً – فيتفقان على أن يتنازل (محمد) عن هذا الدين فى مقابل أن يأخذ بدله من (أحمد) سيارة ، أو عشر ثلاجات – مثلاً – بعد خمسة أشهر.

وهذه الصورة تعد من صور (فسخ الدين فى الدين) عند المالكية[1]،

---

(١) شرح الخرشى على مختصر خليل ، جـ٥ ، ص ٧٦ وفيه: (فسخ الدين فى الدين هو أن يفسخ ما فى ذمة مدينة فى أكثر من جنسه إلى أجل ،أو يفسخ ما فى ذمته من غير جنسه إلى أجل ، كعشرة فى خمسة عشر مؤخرة ، أو فى عرض مؤخر ...) وأيضاً : التاج والإكليل جـ٤ ، ص ٣٦٧ ، شرح الزرقانى على المختصر ، جـ٥ ص ٨١ ،الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقى عليه ، جـ٣ ، ص ٦١ ، ٦٢ ، الشرح الصغير ، جـ٣ ، ص ٣٤ ، منح الجليل : جـ٢ ، ص ٥٦٢.

وذلك لأن ما فى ذمة المدين من الدين الأول قد فسخ وزال بالتزامه ديناً آخر بدله[1].

١٧٩ – **حكم المسألة** : اختلف الفقهاء فى حكم هذه المسألة على رأيين:

١٨٠ – **الرأى الأول** : وهو لجمهور الفقهاء من الحنفية[2] ، والمالكية[3] ، والشافعية [4] ، وجمهور الحنابلة[5] ، والظاهرية[6] ، والإمامية[7] ، والإباضية[8] ويرون عدم جواز بيع الدين للمدين بثمن مؤجل .

---

(١) الشيخ عبد السميع إمام : نظرات فى أصول البيوع الممنوعة ، مرجع سبق ذكره ، ص ١١٦ ، الشيخ عيسوى أحمد عيسوى: المداينات ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٤٠ ، ١٤١.

(٢) بدائع الصنائع ، جـ٦ ، ص ٣٠١٩ ، منحة الخالق على البحر الرائق لابن عابدين ، جـ ٥ ، ص ٢٨١ وفيها نقلا عن الرملى فى جواهر الفتاوى: (... رجل له على آخر حنطة غير سلم ، فباعها منه بثمن معلوم إلى شهر لا يجوز ، لأن هذا بيع كالئ بكالئ وقد نهينا عنه ...).

(٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه ، جـ٣ ، ص ٦١ ، ٦٢ ، الشرح الصغير للدردير ، جـ٣ ، ص ٦٤ ، المعونة على مذهب عالم المدينة ،جـ٢ ، ص ٦٢ ، هذا إذا كان المنسوخ فيه مضموناً فى الذمة ، سواء كان من جنسه أكثر منه كما لو كان لك عليه عشرة دراهم ، ففسختها فى أحد عشر يتأخر قبضها ، أو من غير جنسه ، كما لو كان لك عليه عشرة دراهم ، ففسختها فى ثوب يتأخر قبضه ، أما إذا كان المفسوخ فيه معيناً يتأخر قبضه أو منافع عين معينة كركوب دابة معينة ، وخدمة عبد معين فلا يجوز أيضاً فى قول مالك وابن القاسم ، لأن المنافع وإن كانت معينة فى الدابة والعبد مثلاً ، فهى كالدين لتأخر أجزائها ، بينما يجوز ذلك فى قول أشهب ، لأنها لما اسندت لمعين أشبهت المعينات المقبوضة. ينظر: الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه ، جـ٣ ، ص ٦٢ ، الشرح الصغير ، جـ٣ ، ص ٣٤ ، المعونة على مذهب عالم المدينة ، جـ٢ ، ص ٦٢ ، التفريع لابن الجلاب ، جـ٢ ، ص ١٦٩ ، تهذيب الفروق ، جـ٢ ، ١٥٣.

(٤) تكملة المجموع للسبكى، جـ١٠ ، ص ١٠٧ ، مغنى المحتاج ، جـ٢ ، ٧١.

(٥) المبدع فى شرح المقنع ، جـ٤ ، ص ١٥٠ ، شرح منتهى الإرادات ، جـ٢ ، ص ٢٠٠.

(٦) المحلى ، جـ٨ ، ص ٥٠٣ رقم ١٤٩٢.

(٧) جواهر الكلام جـ ٢٤ ص ٣٤٦ .

(٨) حاشية أبى ستة على الإيضاح جـ ٦ ص ٥٦ ، شرح النيل وشفاء العليل جـ ٨ ص ٦١٢ .

١٨١ – الـرأى الـثانــى : وهو للإمامين ابن تيمية وابن القيم[١] ، وتبعهما بعض الفقهاء المحدثين[٢] ، ويرون جواز بيع الدين للمدين بثمن مؤجل.

١٨٢ – الأدلـة :

١٨٣ – أولاً : أدلـة الـرأى الأول :

اســتدل أصحاب الرأى الأول على ما ذهبوا إليه من عدم جواز بيع الدين للمدين بثمن مؤجل بالسنة ، والإجماع ، والمعقول .

١٨٤ – ١ – مــن الســنة : عن ابن عمر – رضى الله عنه – أن النبى ﷺ " نهى عن بيع الكالئ بالكالئ" [٣].

---

(١) نظـرية العقـد لابـن تيمـية ، ص ٢٣٥ مطبعة السنة المحمدية سنة ١٣٦٨هـ ، الاختـيارات الفقهـية مـن فـتاوى ابن تيمية للبعلى ، ص ١١٤ طبعة دار الكتب العلمـية ، بـيروت ، ط الأولـى ، ١٤١٦هـ – ١٩٩٥م ، إعـلام الموقعين ، جـ٢ ، ص ٩.

(٢) الشـيخ عيسـوى أحمـد عيسـوى: مـرجع سـبق ذكـره ص ١٤٢ ، الشيخ عبد السـميع إمـام ، مـرجع سـبق ذكـره ص ١١٦ ،أ . د الصـديق محمد الأمين الضـرير: الغـرر وأثـره فـى العقـود فـى الفقه الإسلامى: ص ٣١١ ، ٣١٢ طـبعة دار الجـيل ، بـيروت الطـبعة الثانـية ، سـنة ١٤١٠هـ – ١٩٩٠م ، الشـيخ عـبد الله بـن سـليمان بن منيع: أحكام بيوع الدين ، ص ١٥٦ وهو بحث منشـور فـى مجلـة الـبحوث الفقهـية المعاصرة (السعودية ،العدد ٤١ ، ١٤١٩ هـ – ١٩٩٩م.

(٣) أخـرجه الحـاكم فـى المسـتدرك كـتاب البيوع باب النهى عن بيع الكالئ بالكالئ ، جـ٢ ، ص ٥٧ حديـث رقـم ٢٣٤٢ ، والدارقطـنى فى سننه: كتاب البيوع ، جـ٣ ، ص ٧١ ، ٧٢ ، والبـيهقى فـى السـنن الكـبرى بـاب مـا جاء فى الـنهى عـن بـيع الديـن بالديـن ، جـ٥ ، ص ٤٧٤ رقـم ١٠٥٣٦ ، وعبد الرزاق فى مصنفه ، جـ٨ ، ص ٩٠ رقم ١٤٤٤٠.

والطحـاوى فـى شـرح معـانى الآثار: كتاب البيوع باب بيع المصراة ، جـ٤ ، ص ٢١ تحقـيق محمـد زهـرى الـنجار طبعة دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية ١٤٠٧هـ – ١٩٨٧م.

وأخـرجه الطـبرانى عـن رافـع بـن خديج – رضىالله عنه – ينظر : المعجم الكبـير للطـبرانى ٢٦٧/٤ رقـم ٤٣٧٥ تحقـيق حمـدى عـبد المجيد السلفى ، الطـبعة الثانـية ، بـدون تـاريخ ، وأيضا: نصب الراية لأحاديث الهداية للزيلعى ٤٠/٤ طبعة دار المأمون القاهرة ، سنة ١٣٥٧هـ – ١٩٣٨م. ===

وجـه الاستدلال من الحديث: إن رسول الله ﷺ نهى فى هذا الحديث عن بيع الكالئ بالكالئ [1]– وهو النسيئة بالنسيئة ، أو المؤخر بالمؤخر .

=== هـــذا : وقـد ادعـى الحـاكم النيسـابورى أن هذا الحديث صحيح على شـرط مسـلم ، حيـث قـال: (هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه) غـير أن الحـافظ ابـن حجـر – رحمـه الله – قد نبه على خطئه فى ذلك فقال: (وفـى إسـناده موسـى بـن عبيدة ، وهو متروك ، ووقع فى رواية الدارقطنى: موسـى بـن عقـبة ،وهـو غلـط ، واغـتر بذلك الحاكم فصحح الحديث وتعقبه البـيهقى) يـنظر : الدرايـة فـى تخـريج أحاديث الهداية ، جـ٢ ، ص ١٥٧ ، ط مطبعة الفجالة الجديدة ، سنة ١٣٨٤هـ.

(١) الكالـئ فـى اللغـة : المؤخـر ، يقال : كلأ الدين يكلا كلوءا فهو كالئ: إذا تأخر ، ومـنه بلـغ الله بـك أكـلأ العمـر ، أى: اطوله ، وأكثره تأخراً ، وكلأ عمره : انتهى ، وقال الشاعر:

تعففت عنها فى العصور التى خلت فكيف التصابى بعد ما كلأ العمر

لسـان العـرب ، جـ١٢ ، ص ١٣٣ ، المصـبح المنير ، جـ٢ ، ص ٥٤٠ ، الفـائق فـى غريـب الحديـث للزمخشـرى ، جـ٣ ، ص ٢٧٣ طبعة عيسى الـبابى الحلـبى سـنة ١٩٧١م ، الـنظم المستعذب فى شرح غريب المهذب لابن بطـال الركـبى ، جـ٢ ، ص ٢٩ وهـو مطبوع أسفل كتاب المهذب للشيرازى طبعة دار الكتب العلمية ،ط الأولى ، ١٤١٦هـ – ١٩٩٥م.

وقـد اتفقـت كلمـة أئمـة اللغـة فـى المعاجم ومدونات غريب الحديث على أن معـنى (الكالـئ بالكالـئ) هـو لنسيئة بالنسيئة ينظر: غريب الحديث لأبى عبيد القاسـم بـن سـلام ،جـ١ ، ص ٢٠ طـبعة حيدر أباد بالهند سنة ١٣٨٤هـ ، معجـم مقايـيس اللغـة لابـن فـارس ، جـ٥ ، ص ١٣٢ ، لسان العرب لابن مـنظور : الموضـع نفسـه ، المصـباح المنـير: الموضـع نفسـه ، الفائق فى غريـب الحديـث: الموضـع نفسـه ، النظم المسعذب ، جـ٢ ، ص ٢٨ ، النهاية فـى غريـب الحديـث والأثـر لابـن الأثير ، جـ٤ ، ص ١٩٤ ، الناشر المكتبة الإسلامية.

* ولا تخـتلف دلالـة (بـيع الكالـئ بالكالئ) لدى الفقهاء عن دلالته لدى علماء اللغة فبـيع الكالـئ بالكالـئ عـند الفقهـاء يعـنى (بيع النسيئة بالنسيئة) أو المؤخر بالمؤخـر : يـنظر: أحكـام القـرآن للجصـاص ، جـ١ ، ص٤٦٦ ، المهذب للشـيرازى ، جـ١ ، ص ٢٧٨ طـبعة مصـطفى الحلـبى سـنة ١٣٧٩هـ مجمـوع فـتاوى شـيخ الإسـلام ابـن تيمية ، جـ٢٩ ، ص ٤٧٢ ،القياس لابن تيمـية ، ص ١١ طـبعة الطـبعة السـلفية ، القاهـرة ، سنة ١٣٨٥هـ ، نظرية العقد لابن تيمية ، ص ٢٣٥ ، إعلام الموقعين ، جـ٢ ، ص ٨. ===

والدين في هذه الصورة مؤخر ، والثمن – الذى هو السلعة المؤجلة – مؤخر أيضاً ، فإذا بيع الدين فى هذه الحالة بالسلعة المؤجلة ، فقد بيع المؤخر بالمؤخر ، أو النسيئة بالنسيئة فيدخل فى عموم النهى فلا يجوز.

مناقشة الاستدلال بهذا الحديث : وقد نوقش الاستدلال بهذا الحديث بأن فى سنده موسى ابن عبيدة الربذى ، وهو ضعيف ، فقد قال عنه الإمام أحمد : " لا تحل الرواية عنه عندى ، ولا أعرف الحديث عن غيره " ، وقال : " ليس فى هذا حديث يصح " ، فقيل له : " إن شعبة يروى عنه ؟ " قال: لو رأى شعبة ما رأينا منه لم يرو عنه ".

وقال الإمام الشافعى : أهل الحديث يوهنون هذا الحديث[1].

وقال البغوى[2] : " موسى بن عبيدة بن نشيط الربذى ، أبو عبد

--- غير أن كثيراً من الفقهاء قد تسامح فعبر عن (بيع الكالئ بالكالئ) بـ (بيع الدين بالدين) ينظر: منح الجليل للشيخ عليش ، جـ٢ ، ص ٥٦٢ وفيه : (الكالئ بالكالئ : الدين بالدين) شرح الزرقانى على الموطأ ، جـ٣ ، ص ٢٧٢ وفيه (الكالئ بالكالئ هو الدين بالدين) ، طبعة دار المعرفة بيروت ، سنة ١٣٩٨هـ تكملة المجموع للسبكى ، جـ١٠ ، ص ١٠٧ وفيه: (فإن الكالئ بالكالئ هو الدين بالدين) ، وقد روى البيهقى فى السنن الكبرى: جـ٥ ، ص ٤٧٤ عن نافع راوى الحديث أنه فسر بيع الكالئ بالكالئ ببيع الدين بالدين ، وفى نظرية العقد لابن تيمية ، ص ٢٣٥: (نهى عن بيع الكالئ بالكالئ : أى المؤخر ، وهو بيع الدين بالدين).

ووجه تسامح الفقهاء فى هذا التعبير أن مطلق (بيع الدين) ينصرف عند إطلاقه إلى قسميه الحال والمؤخر ، فى حين أن بيع الكالئ بالكالئ لا يشمل سوى المؤخر فقط.

(١) التلخيص الحبير ، جـ٣ ، ص ٢٩ ، نصب الراية ، جـ٤ ، ص ٣٩ ، الدراية فى تخريج أحاديث الهداية ، جـ٢ ، ص ١٥٧ ، تهذيب التهذيب ، جـ١٠ ، ٣٥٧ ، نيل الأوطار ، جـ٥ ، ص ٢٥٤ ، سبل السلام ، جـ٣ ، ص ٤٥.

(٢) البغوى: هو الإمام الحسين بن مسعود بن محمد الفراء ، أو ابن الفراء ، كان يلقب (محيى السنة) فقيه محدث مفسر نسبته إلى (بغا)من قرى خراسان ، له مؤلفات كثيرة منها (التهذيب) فى فقه الشافعية وشرح السنة فى الحديث) ، وغيرهما ، توفى – رحمه الله – سنة ٥١٠هـ على الراجح . ينظر : الوفيات ، جـ٢ ، ص ١٣٦ ، الأعلام ، جـ٢ ، ص ٢٥٩.

العزيز كان من خيار عباد الله ، وتكلموا فيه من قبل حفظه " (١).

ولا شك أن حديثاً هذا شأن راويه لا يصح الاستدلال به.

الجـــواب عن هذه المناقشة : ويجاب عن هذه المناقشة بأن هذا الحديث وإن كان ضعيفاً لتفرد موسى بن عبيدة الربذى به ، إلا أن الأمة قد تلقته بالقبول بيـــن عامل به على عمومه ، وبين متأول له(٢) ، كما اتفقت المذاهب الأربعة علـــى العمل بمضمونه والاحتجاج به (٣) ، وإن كان بينهم خلاف فيما يتناوله ويصـــدق عليه ، ومن المقرر لدى المحققين من المحدثين ، والفقهاء أن تلقى الأمـــة للحديث الضعيف بالقبول يرفعه إلى مرتبة الاحتجاج به فى الأحكام ، ووجوب العمل به.

قال الإمام السيوطى وهو بصدد تعريف الحديث الصحيح بعد أن ذكر أن الحديث الحسن إذا روى من غير وجه ارتقى من درجة الحسن إلى منزلة الصحة: " ... وكذا ما اعتضد بتلقى العلماء له بالقبول ، قال بعضهم: يحكم للحديث بالصحة إذا تلقاه الناس بالقبول ، وإن لم يكن له إسناد صحيح "(٤).

---

(١) شـــرح الســـنة كـــتاب البـــيوع باب النهى عن بيع ما اشتراه قبل القبض ، جـــ٨ ، ص ١١٤ ، ط المكتب الإسلامى ، ط الثانية ، ١٤٠٣هـــ – ١٩٨٣م.

(٢) أ.د نزيه حماد: بيع الدين ، مرجع سبق ذكره ، ص ١٩٢ هامش ٢.

(٣) البـــناية علـــى الهدايـــة ، جـــــ٦ ، ص ٥٥٠ للعيـــنى ، طبعة دار الفكر – الطبعة الأولـــى ، ســـنة ١٤٠١هـــــ – ١٩٨١م ، إذ علـــل المرغيـــنانى فى الهداية عدم جـــواز بـــيع فلـــس بفلســـين إذا كانا بغير أعيانهما بقوله: (لأنه كالئ بكالئ ، وقد نهـــى عـــنه) موطـــأ مـــالك باب جامع بيع الثمر ، جـــ٢ ، ص ٦٢٨ وفيه (وقد نهـــى عـــن الكالـــئ بالكالـــئ) المهذب للشيرازى ، جـــ٢ ، ص ٢٨ وفيه: (ولا يجـــوز بـــيع نســـيئة بنســـيئة) المبدع ، جـــ٤ ، ص ١٥٠ وفيه : (ولا يصح بيع كالئ بكالئ).

(٤) تدريـــب الـــراوى فـــى شـــرح تقريب النواوى للحافظ السيوطى ، جـــ١ ، ص ٦٧ طـــبعة دار الكتـــب الحديـــثة ، القاهـــرة ، الطـــبعة الثانـــية ، ســـنة ١٣٨٥هـــ – ١٩٦٦م.

وقـــال ابـــن عـــبد الـــبر بعد أن ذكر ما رواه جابر بن عبد الله – رضى الله عنهما – أن النـــبى – ﷺ – قـــال: (الديـــنار أربعـــة وعشـــرون قيراطاً) أقول : قال ابـــن عـــبد الـــبر بعـــد ذلـــك: (وهذا الحديث وإن لم يصح فى إسناده ، ففى قول جماعـــة العلمـــاء بـــه ، وإجمـــاع الـــناس علـــى معناه ما يغنى عن الإسناد فيه) يـــنظر: التمهـــيد لمـــا فـــى الموطأ من المعانى والأسانيد لابن عبد البر ، جـــ٧ ، ص ١٨.

وجاء فى التاج والإكليل : " ابن عرفة [١] : تلقى الأئمة هذا الحديث بالقبول يغنى عن طلب الإسناد فيه ... " [٢].

كما يعضد العمل بهذا الحديث ما سيأتى من حكاية الإجماع على النهى عن بيع الكالئ بالكالئ[٣].

١٨٥ – ٢ – من الإجماع :

أجمع أهل العلم على عدم جوازبيع الكالئ بالكالئ الذى تندرج تحته هذه الصورة ، وقد حكى هذا الإجماع غير واحد من العلماء منهم ابن المنذر [٤] ، وابن هبيرة [٥] ،

---

(١) ابن عرفة : هو الإمام محمد بن محمد بن عرفة الورغمى التونسى ، أبو عبد الله ، إمام تونس وعالمها وخطيبها فى عصره ، مولده ووفاته فيها ، تولى إمامة جامع الزيتونة سنة ٧٥٦هـ والخطابة به سنة ٧٧٢هـ ، والفتيا سنة ٧٧٣هـ ، له مؤلفات كثيرة منها: (المبسوط) فى الفقه و (الحدود) فى التعاريف الفقهية – توفى – رحمه الله – سنة ٨٠٣هـ ينظر: شجرة النور الزكية ، ص ٢٢٧ ، شذرات الذهب ، جـ٧ ، ص ٣٨.

(٢) التاج والإكليل للمواق ، جـ٥ ، ص ٣٦٧.

(٣) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للإمام الشوكانى ، جـ٣ ، ص ١٤ طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، سنة ١٤٠٥هـ – ١٩٨٥م ، حيث قال الإمام الشوكانى بعد أن ذكر الحديث: (وهو وإن كان فى إسناده موسى بن عبيدة الربذى ، فقد شد فى عضده ما يحكى من الإجماع على عدم جواز بيع الكالئ بالكالئ) وينظر فى المعنى ذاته: الروضة الندية شرح الدرر البهية للقنوجى ، جـ٢ ، ص ٩٩ طبعة دار التراث ، بدون تاريخ.

(٤) ابن المنذر: هو الإمام محمد بن إبراهيم بن المنذر ، نيسابورى من كبار الفقهاء المجتهدين ، لم يكن يقلد أحداً ، وأكثر تصانيفه فى بيان اختلاف الفقهاء ، له كتب كثيرة منها: (الإشراف) و (الإجماع) توفى – رحمه الله – بمكة سنة ٣١٩هـ ينظر: لسان الميزان لابن حجر ، جـ٥ ، ص ٢٧ وهو من منشورات مؤسسة الأعلمى للمطبوعات – بيروت – لبنان – الطبعة الثانية ، سنة ١٣٩٠هـ – ١٩٧١م ، الأعلام ، جـ٥ ، ص ٢٩٤.

(٥) ابن هبيرة: هو الوزير يحيى بن محمد بن هبيرة الذهلى الشيبانى ، أبو المظفر عون الدين ، من كبار وزراء الدولة العباسية ، ولد فى قرية من أعمال (رجيل) بالعراق ودخل بغداد فى صباه ، واتصل بالمقتفى لأمر الله فولاه بعض الأعمال ، فلما ظهرت كفاءته أستوزره ، وكان عالماً بالفقه والأدب ، وله مؤلفات منها: (الإفصاح عن معانى الصحاح) توفى ==

وغيرهم[1].

قال ابن المنذر: " أجمع أهل العلم على أن بيع الدين بالدين لا يجوز " [2] وقال ابن هبيرة : " واتفقوا على أن بيع الكالئ بالكالئ باطل "[3].

مناقشة الاستدلال بالإجماع : وقد ناقش أصحاب الرأى الثانى ما استدل به أصحاب الرأى الأول من الإجماع على عدم الجواز بقولهم: إننا نسلم لكم الإجماع على عدم جواز بيع الكالئ بالكالئ ، ولكن لا نسلم لكم دخول هذه الصورة التى معنا فى عموم النهى ، وذلك لأن بيع الكالئ بالكالئ محصور فى صورة واحدة ، وهى أن يسلم شخص شيئاً فى شئ فى الذمة ، وكلاهما مؤخر ، وذلك حتى لا تبقى ذمة كل من الطرفين مشغولة بغير فائدة حصلت لهما ، أو لأحدهما ، أما ما عدا هذه الصورة من صور بيع الدين فهى جائزة [4].

== سنة ٥٦٠هـ ينظر : الذيل على طبقات الحنابلة لابن رجب ، جـ١ ، ص ٢٥١ ، الناشر دار المعرفة ، الشذرات ، جـ٤ ، ص ١٩١، الأعلام ، جـ٨ ، ص ١٧٥.

(١) وممن حكى هذا الإجماع أيضاً : ابن رشد الحفيد ،والسبكى ، وابن قدامة ، ينظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، جـ٢ ، ص ١٢٥، طبعة مصطفى الحلبى الطبعة الرابعة سنة ، ١٣٩٥هـ – ١٩٧٥م ، تكملة المجموع للسبكى ، جـ١٠ ، ص ١٠٧ ، المغنى، جـ٤ ، ص ١٨٦ مسألة ٢٨٥١.

(٢) الإجماع لابن المنذر ، ص ١١٧، طبعة دار طيبة بالرياض سنة ١٤٠٢هـ.

(٣) الإفصاح عن معانى الصحاح لابن هبيرة ، جـ١ ، ص ٣٠٢ طبعة دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، سنة ١٤١٧هـ/١٩٩٦م

(٤) القياس لابن تيمية ، ص١١ ،إعلام الموقعين ، جـ٢ ، ص ٨، ٩. هذا: وقد قسم ابن القيم بيع الدين بالدين إلى أربعة أقسام هى:

أ – بيع واجب بواجب: كإسلام شئ من شئ فى الذمة ، وهو لا يجوز بالاتفاق.

ب – بيع ساقط بساقط: كالمقاصة ، كأن يكون لإنسان عليك دين ، ولك عليه دين كذلك فتتبايعان ، وتبرأ ذمتكما.

جـ – بيع ساقط بواجب : كما لو باعه ديناً له فى ذمته بدين آخر من غير جنسه ، فسقط الدين المبيع ووجب عوضه ،ويسمى بيع الدين ممن هو فى ذمته. ===

الجــواب عــن هــذه المنــاقشــة : وقد أجيب عن هذه المناقشة بأن قصر شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم معنى بيع الكالئ بالكالئ على صورة السلم المؤجل من الطرفين غير مسلم وذلك لافتقار هذا القصر إلى دليل يدل علــيه ، ولوجود صور أخرى يصدق عليها معناه وتدخل في عمومه ، وقد نقل الإجماع على حظر بعضها باعتبارها من أفراده ومنها هذه الصورة(١).

=== د - بــيع الواجــب بالســاقط: وذلــك كمــا لــو أسلم في عشرة أرادب من القمــح بــألف جنــيه فــي ذمته ، فقد وجب لــه عليه دين ، وسقط لــه عنه دين غيره.

وكــل هــذه الصــور جائــزة عند ابن القيم - تبعاً لابن تيمية - عدا الصورة الأولــى وهــي بــيع الواجــب بالواجــب ، لأنها هي - فقط - التي ينطبق علــيها بــيع الكالــئ بالكالــئ. يــنظر فــي تفصيل ذلك : إعلام الموقعين: المرجع السابق: الموضع نفسه.

(١) الدكــتور نــزيه حمــاد: بــيع الديــن : مرجع سبق ذكره ، ص ١٩٤. هذا : وقد حصــر ســيادته - جــزاه الله خــيراً - صــور بيع الكالئ بالكالئ في خمس صور هــي:

١ - بــيع ديــن مؤخــر لــم يكــن ثابــتاً في الذمة بدين مؤخر كذلك ،وذلك كأن يشــترى شــخص شــيئاً موصــوفاً فــي الذمــة إلى أجل بثمن موصوف في الذمة مؤجل.

قــال الــنووى فــي المجمــوع ، جـــ٩ ، ص ٤٠٠: (لا يجــوز بيع نسيئة بنســيئة بــأن يقــول : يعــنى ثوبــا في ذمتي بصفة كذا إلى شهر كذا بدينار مؤجــل إلــى وقــت كــذا فــيقول: قبلــت ،وهذا فاسد بلا خلاف) وقال ابن هبــيرة: فــي الإفصــاح ، جـــ١ ، ص ٣٠٢: (واتفقوا على أن بيع الكالئ بالكالــئ بــاطل ، مــثل أن يعقــد رجل بينه وبين آخر سلماً في عشرة أثواب موصــوفة فــي ذمــة الــبائع إلــى أجل بثمن مؤجل سواء اتفق الأجلان ، أو اختلفا)

وهــذه الصــورة تســمى عــند المالكــية (ابتداء الدين بالدين) ينظر : شرح الخرشــي علــى مختصــر خلــيل ، جـ٥ ، ص٧٦ ، التاج والإكليل، جـ٤ ، ص ٣٦٧ ، منح الجليل للشيخ عليش ، جـ٢ ، ٥٦٤.

كما أن الشيخين ابن تيمية ، وابن القيم - رحمهما الله تعالى - قد قصرا معنى (بيع الكالــئ بالكالــئ) علــى هذه الصورة. ينظر: القياس لابن تيمية ، ص ١١ ، مجموع الفتاوى ، جـ٢٩ ، ص ٤٧٢ ، إعلام الموقعين ، جـ٢ ، ص ٩.

٢ - بــيع دين مؤخر سابق التقرر في الذمة للمدين بما يصير ديناً مؤجلاً من ===

===غير جنسه ، فيكون مشترى الدين هو نفس المدين ،وبائعه هو الدائن.
وهـذه الصـورة تسـمى عـند المالكـية (فسـخ الديـن فى الدين) ينظر: الـزرقانى علـى المختصـر ، جـ ـ٥ ، ٨١. مـنح الجليل ، جـ٢ ، ٥٦٢، مواهب الجليل ، جـ٤ ، ص ٣٦٨.
وقـد ذكـر الإمـام السـبكى أن هـذه الصورة هى وحدها التى تدخل فى بيع الكالـئ بالكالـئ المـنهى عـنه ، حيث قال فى تكملته للمجموع ، جـ١٠ ، ص ١٠٧: (تفسـير بـيع الديـن بالديـن المجمع على منعه: وهو أن يكون للـرجل علـى الـرجل ديـن ، فـيجعله عليه فى دين آخر مخالف لـه فى الصـفة أو القـدر ، فهـذا هـو الـذى وقع الإجماع على امتناعه ،وهو فى الحقـيقة بـيع ديـن بمـا يصـير ديناً).وعلة منع هذه الصورة هى أنها تعد ذريعة إلى ربا النساء.

٣ – بـيع ديـن سـابق الـتقرر فـى الذمـة للمديـن إلى أجل آخر بزيادة عليه ، وصـورته أن يشـترى شـخص شـيئاً بثمـن مؤجل ، فإذا حل الأجل، ولم يجـد مـا يقضـى بـه ، فيقول : بعه لى إلى أجل بزيادة شئ ، فيبيعه لـه ، ولا يجـرى بيـنهما تقـابض. يـنظر: النهاية فى غريب الحديث والأثر لابن الأثـير ، جـ٤ ، ص ١٩٤ ،الـنظم المسـتعذب فى شرح غريب المهذب ، جـ٢ ، ص ٢٨.
ولا خـلاف بيـن الفقهـاء فـى مـنع هذه الصورة ،وقد أدرجها المالكية فى (فسـخ الديـن فـى الديـن) ينظر: مراجع المالكية السابقة: المواضع نفسها.
والعلـة فـى مـنع هذه الصورة اشتمالها على الربا النسيئة الجلى الذى كانوا يفعلونـه فـى الجاهلـية ، يقـول الدائـن لمدينه : أتقضى أم تربى ؟ فإن لم يقضـه أخـر عـنه الدين مقابل زيادة فى المال ، وكلما أخره زاده فى المال ،وقـد حـرمه الإسـلام تحـريماً قاطعـاً ، يـنظر: مـنح الجليل ، جـ٢ ، ص ٥٦٢ ، شـرح الـزرقانى علـى المختصـر ، جـ٥ ، ص ٨١ ، الموافقات للشاطبى ، جـ٤ ، ص ٤٠ طبعة دار الفكر، بدون تاريخ.

٤ – بـيع ديـن مؤخـر سـابق الـتقرر فى الذمة لغير المدين بثمن موصوف فى الذمـة مؤجـل وذلـك كـأن يبـيع شـخص ديناً لـه على شخص آخر إلى شـخص ثالـث بعـرض مؤجـل ينظر: المنتقى شرح الموطأ للباجى ، جـ٥ ، ص ٣٣ ، ويسمى المالكية هذه الصورة: (بيع الدين بالدين).
والعلـة فـى مـنع هـذه الصورة هى الغرر الناشئ عن عدم قدرة البائع على تسـليم الديـن المبـيع إلـى المشـترى ، لكونـه باعـه لغـير مـن علـيه الدين،ومعلوم أن من شروط صحة البيع القدرة على تسليم محل العقد.

٥ – بـيع ديـن مؤخـر سـابق التقرر فى الذمة بدين مؤخر سابق التقرر فى الذمة لشـخص آخـر علـى نفـس المدين ، وذلك كأن يكون هناك شخصان ===

١٨٦ - ٣ - من المعقول : أما من المعقول ، فلأن هذه المعاملة تعد ذريعة إلـى ربا النسيئة ، وذلك لأن استبدال الدائن بدينه الذى على مدينه ديناً آخر مؤجـلاً من غير جنسه يعد مظنة للزيادة فى الدين فى مقابل الأجل الممنوح للمدين ، وذلك فى معنى ربا الجاهلية " تقضى أم تربى" [١].

١٨٧ - **ثـانيـاً : أدلــة الـرأى الـثـانــى :**

وقـد استدل أصحاب الرأى الثانى على ما ذهبوا إليه من جواز هذه المعاملة من المعقول بما يأتى :

١٨٨ - ١ - إن كل واحد من المتعاقدين فى هذه المعاملة له غرض صحيح ومـنفعة مطلوبة إذ تبرأ ذمة المدين عن دينه الأول ، وتنشغل بدين آخر قد يكـون وفـاؤه أسـهل عليه وأنفع للدائن ، وإذا كان الأمر كذلك كانت هذه المعاملـة جائـزة شـرعاً ،وذلك لأن المعاملات إنما شرعت لجلب مصالح العباد[٢].

منـاقشـة هـذا الدليـل : ويناقش هذا الدليل من وجهين:

الـوجـه الأول : إن القول بجواز هذه المعاملة ، لأن ذمة المدين تبرأ عن دينه وتنشغل بدين آخر قد يكون أسهل عليه فى الوفاء.

أقـول : هـذا الكلام غير مسلم ،وذلك لأن الغالب من أمر الدائنين أنهم لا يرضون أن يسقطوا ديونهم ، ويشغلون ذمة المدينين بديون أخرى مؤجلة إلا

=== دائـنان لشـخص ثالـث ، فيبـيع أحـد الدائنين للآخر ما لـه فى ذمة المديـن بمـا للآخـر فـى ذمة المدين. ينظر: روضة الطالبين ، جـ٣ ، ص ٥١٤ ، المجموع شرح المهذب ، جـ٩ ، ص ٢٧٥.

والعلـة فـى مـنع هـذه الصـورة هى الغرر الناشئ عن عدم قدرة كل واحد مـن العاقديـن علـى تسـليم مـا باعه للمشترى ، لأن كلاً منهما قد باع دينه لغـير مـن علـيه الديـن. يـنظر فىتفصـيل هذه الصور. أ . د نزيه كمال حمـاد: دراسـات فـى أصـول المداينات ، ص ٢٤٤ وما بعدها ، طبعة دار الفاروق الطائف الطبعة الأولى سنة ١٤١١هـ/١٩٩٠م.

(١) الدكتور نزيه حماد: المرجع السابق ، ص ١٩٦.

(٢) إعـلام الموقعيـن ، جـ٢ ، ص ٩ ، ويـنظر فـى نقل ذلك : الشيخ عبد السميع إمـام: المـرجع السـابق ، ص ١١٦. الشـيخ عيسـوى أحمـد عيسوى: المرجع السابق ، ص ١٤١ ، الدكتور نزيه حماد:المرجع السابق ، ص ١٩٣ .

إذا كان فى هذه الديون الأخيرة ما يعوضهم عن هذا التأخير ، وبالتالى تكون هذه الديون المؤجلة أصعب فى الوفاء على المدينين من الديون الساقطة.

الوجه الثانى : سلمنا أن الدين المؤخر قد يكون أسهل فى الوفاء على المدين ، وأنفع للدائن ، ولكن هذا لا يكفى للقول بجواز هذه المعاملة ، وذلك لأن سهولة قضاء الدين ، أو كونه أنفع للدائن ليس هو مناط الجواز ، وإنما مناط الجواز هو مدى الموافقة لقواعد الشرع ، وقد ثبت أن هذه المعاملة داخلة فى بيع الكالئ بالكالئ الذى ورد النهى عنه ، وانعقد الإجماع على عدم جوازه.

أضف إلى ذلك: أن كثيراً من المعاملات تعد أنفع للدائن ظاهراً ، ومع ذلك فهى تدخل فى دائرة التحريم كالربا .

١٨٩ – ٢ – إن الشارع فى بيع العين بالدين أجاز أن يشغل المدين ذمته بدين ، وأن يحصل الدائن على الربح ، فيجوز قياساً على هذه الحالة أن يفرغ المدين ذمته من دين ويشغلها بدين آخر ، وكأنه شغلها بذلك ابتداء إما بقرض أو بمعاوضة[1].

مناقشة هذا الدليل : ويمكن أن يناقش هذا الدليل بأن قياس المسألة التى معنا وهو بيع الدين الثابت فى الذمة للمدين بثمن مؤجل على بيع العين بالدين لنثبت للأولى الإباحة الثابتة للثانية إنما هو قياس لا يصح وذلك لأن القياس إنما يلجأ إليه فى حالة عدم وجود نص يبين حكم المسألة ، وهنا قد وجد النص وهو النهى عن بيع الكالئ بالكالئ[2] ، كما أن الإجماع قد انعقد على حرمة هذه المعاملة ، وحكاه غير واحد من العلماء كما سبق أن قررنا .[3]

١٩٠ – ٣ – إن الشارع الحكيم قد أجاز الحوالة ، وهى تقتضى نقل الدين

---

(١) إعلام الموقعين ، جـ٢ ، ص ٩. وأيضاً: الشيخ عبد السميع إمام: المرجع والمكان السابقان ، الشيخ عيسوى أحمد عيسوى: المرجع والمكان السابقان.

(٢) سبق تخريجه ، فقرة ١٨٤ من هذه الرسالة.

(٣) يراجع آنفاً: فقرة ١٨٥ من هذه الرسالة .

وتحويلــه مــن ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، وعلى ذلك يكون المحيل (المديــن) قــد عاوض المحتال (الدائن) عن دينه بدين آخر فى ذمة شخص ثالــث ، فإذا عاوض شخص شخصاً عن دينه بدين آخر فى ذمته كان أولى بالجواز[(١)].

مــناقشــة هــذا الــدليــل : ويمكن مناقشة هذا الدليل من وجهين:

الــوجــــه الأول : إن قــياس بيع الدين فى المسألة التى معنا على الحوالة لنثبت له الجواز الثابت لها إنما هو قياس مع الفارق.

ووجــــه الفرق : أن الحوالة عقد من عقود الإرفاق[(٢)] قصد به الوفاء بالدين الثابت فى ذمة المحيل كما تبرأ به ذمة المحال عليه من دين المحيل إذا وفى الديــن للمحتال ، وهو مشروع للأدلة الكثيرة الدالة على مشروعيته ، والتى مــنها مــا روى عــن أبــى هريرة – رضى الله عنه – أن النبى ﷺ قال: " مطل الغنى ظلم وإذا أتبع أحدكم على ملئ فليتبع " [(٣)].

أمــا بــيع الديــن فى الصورة التى معنا فهى داخلة فى " بيع الكالئ بالكالئ " الذى ورد النهى عنه ، وانعقد الإجماع على تحريمه.

بل حتى على رأى من يقولون: إن الحوالة بيع دين بدين. لا يصح – أيضــاً – أن يقاس عليها بيع الدين فى الصورة التى معنا ،وذلك لأن الحوالة وإن كانت بيع دين بدين – عند من يقول بذلك – إلا أنها جوزت للحاجة [(٤)] ، أو علىحد تعبير ابن عرفة الدسوقى[(٥)] المالكى " ... رخصة مستثناة من بيع

---

(١) إعــلام الموقعيــن: الموضـــع نفســـه ، الشـــيخ عـــبد السميع إمام الموضع نفسه ، الشيخ عيسوى: الموضع نفسه.

(٢) ينظر فى بيان تكييف الحوالة ما سيأتى لاحقاً فقرة ٦٢٧ من هذه الرسالة.

(٣) هــذا الحديــث مــتفق علــيه واللفــظ لمسلم. يــنظر : صــحيح البخارى كتاب الحــوالات بــاب فــى الحوالــة رقــم ٢٢٨٧ صحيح مسلم بشرح النووى : كتاب المساقاة والمزارعة، باب تحريم مطل الغنى ، جـ ١٠ ، ص ٢٢٧ ، ٢٢٨.

(٤) الإقــناع فــى حــل ألفــاظ أبــى شــجاع ، جـ٢ / ٤٦ وفيه : (والأصح أنها بيع دين بدين جوز للحاجة) وأيضاً: إعانة الطالبين ، جـ٣، ص ٧٤ ، ٧٥.

(٥) ابــن عــرفة الدســوقى: هــو محمــد بــن أحمد بن عرفة الدسوقى المالكى ، فقيه لغــوى مــن أهــل (دســوق) بمصــر ، تعلــم وأقام وتوفى بالقاهرة ، وكان من المدرســين بالأزهــر ، له العديــد مــن المؤلفــات منها: (حاشية على الشرح ==

الديـــن بالديـــن ... "[1] وبالتالى لا يصبح قياس بيع الدين فى الصورة التى معنا على الحوالة.

الــوجـــه الـــثانــى : أنه لا يلزم من جواز أن يعاوض شخص عن دينه بدين آخر فى ذمة شخص ثالث جواز أن يعاوض شخص عن دينه بدين آخر فى ذمته هو فضلاً عن كون ذلك أولى بالجواز .

وبـــيان ذلــك : أن الشارع عندما أجاز لشخص أن يعاوض عن دينه بدين آخــر فى ذمة شخص ثالث (الحوالة) إنما أجاز ذلك بالحدود والضوابط التى وضعها الفقهاء والتى من بينها أن يكون الدين المحال به مماثلاً للدين المحال عليه فى الجنس ، والقدر ، والصفة ، والحلول ، والتأجيل[2] ، وهذا لا ينطبق علــى بــيع الدين فى الصورة التى معنا فالدينان – فى الصورة التى معنا – مختلفان فى الأجل ، أضف إلى ذلك أن الظاهر من حال الدائن أنه ما رضى أن يســتبدل بدينه الأول ديناً آخر مؤجلاً إلا لأن هذا الدين الأخير أكثر قيمة مــن الديــن الأول ، وبالتالى يخشى أن يكون ذلك وسيلة إلى ربا النسيئة ، وبالتالى لا تجوز هذه الصورة إعطاء للوسائل حكم المقاصد.

١٩١ – **الترجـيح** : بعد عرض آراء الفقهاء فى هذه المسألة ، ومناقشة أدلة الرأى الثانى يتضح لنا – والله أعلم بالصواب – رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهــاء (الــرأى الأول) من عدم جواز هذه الصورة ، إذ يصدق عليها بيع الكالــئ بالكالــئ المــنهى عنه بإجماع الفقهاء ، حيث أن معناه بيع النسيئة بالنسيئة ، أو بيع الدين المؤخر الذى لم يقبض بالدين المؤخر ، وهذه الصورة من مشتملاته ، جاء فى تكملة المجموع للسبكى[3] : " تفسير بيع الدين بالدين

== الكبــير علــى مختصــر خلــيل) فى الفقه و (حاشية على مغنى اللبيب لابن هشــام) فــى الــنحو ، توفــى سنة ١٢٣٠هـــ. ينظر: الأعلام للزركلى ، جـــ٦ ، ص ١٧ ، معجــم المؤلفيــن لعمــر رضــا كحالــة ، جـــ٨ ، ص ٢٩٣ ، ط دار إحياء التراث العربى ، بيروت.

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ، جـــ٣ ، ص ٣٢٥.

(٢) أســنى المطالــب ، جـــــ٢ ، ص ٢٣١ ، كشــاف القــناع ، جـــ٣ ، ص ٣٨٥ ، طبعة دار الفكر ، سنة ١٤٠٢هـــ – ١٩٨٢م.

(٣) الســبكي: هــو علــى بــن عــبد الكــافى بن على بن تمام السبكى ، الأنصارى ، الخــزرجى ، أبــو الحســن ، تقــى الديــن شيخ الإسلام فى عصره ، وأحد ===

المجمـــع على منعه : هو أن يكون للرجل على الرجل دين ، فيجعله فى دين آخر مخالف له فى الصفة أو القدر ، فهذا هو الذى وقع الإجماع على امتناعه وهو فى الحقيقة بيع دين بما يصير ديناً " [1].

عـــلاوة على أن بيع الدين فى هذه الصورة – كما سبق الذكر – يعد ذريعة إلى ربا النسيئة[2] ، لأن استبدال الدائن بدينه الذى على مدينه ديناً آخر مؤجـــلاً من غير جنسه يعد مظنة الزيادة فى الدين فى مقابل الأجل الممنوح للمدين ،وهذا فى معنى ربا الجاهلية " تقضى أم تربى" [3].

أما قصر شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ، معنى بيع الكالئ بالكالئ على صورة السلم المؤجل من الطرفين ، فهو غير مسلم – كما سبق أن ذكـــرنا – وذلـــك لافتقار هذا القصر إلى دليل يدل عليه ، ولوجود صور أخـــرى يصدق عليها معناه تدخل فى عمومه ، وقد نقل الإجماع على حظر بعضها باعتبارها من أفراده ، ومنها هذه الصورة .[4]

الفـرع الـثانـى

التصـرف فـى الـديـون ببيعها للمديـن بسلـعة موصـوفـة فـى الذمة مؤجلة أو (جعـل الديـن الثـابـت فى الذمـة رأس مـال فى سلم)

<u>١٩٢</u> – **تصـويـر المسـألة** : صـــورة هذه المسألة: أن يكون لـــ (محمد) على (أحمـــد) ديـــن فى ذمته مقداره عشرة آلاف جنيه – مثلاً – فيتفقان على أن

=== الحفـــاظ المفســـرين المناظريـــن ، وهـــو والـــد تـــاج الدين السبكى صاحب الطـــبقات. ولـــد فـــى (ســـبك) مـــن أعمال المنوفية ،وانتقل إلى القاهرة ،ثم إلى الشـــام ، وولـــى قضـــاء الشـــام ، ســـنة ٧٣٩هـــــ وتوفى – رحمه الله – بالقاهرة ســـنة ٧٥٦هـــ يـــنظر : طـــبقات الشـــافعية لـــتاج الدين السبكى ، جـــ٦ ، ص ١٤٦ ، طـــبعة دار المعـــرفة بـــيروت ،بـــدون تـــاريخ ، شذرات الذهب ، جـــ٦ ، ص ١٨٠ ، الأعلام ، جـــ٤ ، ص ٣٠٢.

(١) جـــ١٠ ، ص ١٠٧.

(٢) شـــرح الـــزرقانى علـــى مختلصـــر خليل ، جـــ٥ ، ص ٨١ ، منح الجليل ، جـــ٢ ، ص ٥٦٢ ، الموافقات للإمام الشاطبى ، جـــ٤ ، ص ٤٠.

(٣) يراجع آنفاً: فقرة ١٨٦ من هذه الرسالة.

(٤) يـــراجع فقـــرة ١٨٥ ، مـــن هـــذه الرســـالة وأيضـــاً : د/نزيه حماد : مرجع سبق ذكره ، ص ١٩٤.

يشترى (محمد) من (أحمد) مائة أردب قمحاً موصوفاً فى الذمة وصفاً تنتفى بـه الجهالة ، والغرر ، ومؤجلاً تسليمه إلى أجل مسمى على أن يجعل هذا الدين الذى فى ذمته رأس مال لهذا السلم .

١٩٣ – **حكم المسألة** : اختلف الفقهاء فى حكم هذه المسألة على ثلاثة آراء:

١٩٤ – **الـرأى الأول** : وهو لجماهير الفقهاء من الحنفية[١] ، والمالكية[٢] ، والشـافعية [٣] وجمهـور الحـنابلة [٤] ، والزيدية [٥] ، وأكثر الإمامية [٦] ،

---

(١) بدائـع الصـنائع ، جـ٥ ، ص ٢٠٤ وفـيها: (إذا كـان رأس المـال دينا على المسـلم إلـيه ... فأسـلمه أنـه لا يجـوز ، لأن القـبض شرط ولم يوجد حقيقة فيكون افتراقاً عن دين بدين) وأيضاً: تبيين الحقائق ، جـ٤ ، ص ١١٧.

(٢) المدونـة الكـبرى ، جـ٩ ، ص ٣٢ وفـيها: (قلـت: أرأيـت لو أن لى على رجـل ألـف درهـم مـن بـيع ، أو من قرض ، فقلت لـه: أسلمها لى فى طعام ففعـل ، أيجـوز ذلـك؟ قـال : سـألنا مالكـاً عن الرجل يكون لـه على الرجل الذهـب ، فيسـأله أن يسـلفها له فـى سـلعة ، فقال مالك : لا خير فى ذلك حتى يقبضها).

(٣) مغـنى المحـتاج ، جـ٢ ، ص ١٠٣ وفـيه: (... لو قال : أسلمت إليك المائة الـتى فـى ذمـتك مـثلاً فى كذا لا يصح السلم ..) وأيضاً: الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع ، جـ ٢ ، ص ٢١.

(٤) المغـنى لابـن قدامـة ، جـ ٤ ، ص ٣٦٤ وفيه: (وإذا كان لـه فى ذمة رجل ديـنار فجعلـه سـلماً فـى طعام إلى أجل لم يصح) وأيضاً: شرح الزركشى على مختصر الخرقى ، جـ٤ / ص ١٤.

(٥) الـبحر الـزخار ، جـ ٤ ، ص ٣٩٨ وفـيه: (ولا يصـح إسلام الدين إلى من هـو علـيه قـبل قبضـه إجماعـاً) وأيضاً: السيل الجرار للشوكانى ، جـ ٣ ، ص ١٥٨ طـبعة دار الكتـب العلمـية بـيروت الطبعة الأولى سنة ١٤٠٥ هـ – ١٩٨٥.

(٦) جواهـر الكـلام شـرح شـرائع الإسلام ، جـ ٢٤ ، ص ٢٩٣ وفيه: (ولو شرط المسـلم إلـيه أن يكـون الثمـن مـن دين عليه ، بمعنى: أن يسلمه ماله فى ذمته فـى كـذا حـنطة مـثلاً قيل: يبطل لأنه بيع دين بمثله) وأيضاً : الروضة البهية فـى شـرح اللمعـة الدمشـقية للشـهيد الـثانى، جـ٣ ، ص ٣١٠ طبعة دار التعارف للمطبوعات –بيروت بدون تاريخ.

والأباضـــية[1] ، ويرون أنه لا يجوز جعل الدين الثابت فى الذمة قبل قبضة رأس مال فى سلم .

١٩٥ – الرأى الثانى : وهو للشيعة الإمامية فى قول عندهم[2] ، ويرون أنه إذا جعل الدائن الدين الذى فى ذمة مدينه رأس مال لسلم جاز مع الكراهة.

١٩٦ – الرأى الثالث : وهو للإمامين ابن تيمية وابن القيم ، ويريان التفرقة بين ما إذا كان الدين مؤجلاً فى ذمة المدين ، وبين ما إذا كان حالاً :

فإذا كان الدين الذى فى ذمة المدين مؤجلاً فلا يجوز جعله رأس مال لسـلم. قـال بن القيم: " ... وإنما ورد النهى عن بيع الكالئ بالكالئ ، وهو المؤخـر الـذى لـم يقبض ، كما لو أسلم شيئاً فى شئ فى الذمة ، وكلاهما مؤخر ، فهذا لا يجوز بالاتفاق ، وهو بيع كالئ بكالئ ... " [3].

وأمـا إذا كان الدين الذى فى ذمة المدين حالاً ، أو كان مؤجلاً وقبل المدين تعجيله ليجعله ثمناً للمسلم فيه جاز ذلك.

قـال ابن القيم : " ... وأما بيع الواجب بالساقط ، فكما لو اسلم فى كـر[4] حنطة بعشرة دراهم فى ذمته ، فقد وجب عليه دين ، وسقط له عنه دين غيره ، وقد حكى الإجماع على امتناع هذا ، ولا إجماع فيه ، قاله شيخنا

---

(١) حاشـية أبـى سـتة علـى الإيضـاح ،جـ٦ ، ص ٥٦ وفيها: (... أجمعوا على أنـه لا يجـوز لـرجل إذا كـان لـه علـى آخر دين أن يجعله لـه سلماً ، لما يـؤدى إلـيه مـن بـيع الدين بالدين) وأيضاً : شرح النيل وشفاء العليل ، جـ٨ ، ص ٦٤٠.

(٢) جواهـر الكـلام ، جـ ٢٤ ، ص ٢٩٤ وفـيه: (... وقـيل : إنه يصح ، ولكن يكـره خـروجاً عـن شـبهة الخلاف ... وهو الأشبه بأصول المذهب) وأيضاً : الروضة البهية ، جـ ٣ ، ص ٣١٢.

(٣) إعلام الموقعين ، جـ ٢ ، ص ٨.

(٤) الكـر: مكـيال يسـاوى اثـنى عشر وسقاً ، والوسق : ستون صاعاً ، وعلى ذلك فالكـر يسـاوى ٧٢٠ صـاعاً ، ويسـاوى بـالمد: ٢٨٨٠ مـداً ، ويسـاوى بالأرطـال: ٣٨٤٠ رطـلاً ويسـاوى بالكـيلو جرامات ١٤٦٥,٩٢٠ كيلو جراماً. يـنظر : محمـد نجـم الديـن الكردى: المقادير الشرعية والأحكام الفقهية المتعلقة بها ، ص ١٨٢ ، ص ٢٣٠ طبعة مطبعة السعادة ، ١٤٠٤هـ – ١٩٨٤م.

[1] ، واختـــار جوازه ، وهو الصواب ، إذ لا محذور فيه ، وليس بيع كالئ بكالئ فيتناوله النهى بلفظه ولا فى معناه فيتناوله بعموم المعنى ... " [2] .

١٩٧ – **الأدلـــة** :

١٩٨ – **أولاً : أدلـة الـرأى الأول** :

وقـــد استدل أصحاب الرأى الأول على ما ذهبوا إليه من عدم جواز جعـــل الديـــن الثابـــت فى ذمة المدين رأس مال لسلم بالسنة ، والإجماع ، والمعقول :

١٩٩ – ١ – **مـــن السنة** : عن ابن عمر – رضى الله عنه – أن النبى ﷺ " نهى عن بيع الكالئ بالكالئ " [3].

وجه الاستدلال من الحديث : إن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ ، أى المؤخـــر بالمؤخر ، ورأس مال السلم – فى هذه الصورة – إنما هو دين فـــى الذمـــة ، والمســـلم فيه مؤخر أيضاً ، فتكون هذه المعاملة من قبيل بيع الكالئ بالكالئ أو الدين بالدين فيكون منهياً عنها [4] .

٢٠٠ – ٢ – **مـــن الإجماع** : فقد أجمع الفقهاء على أن من له دين فى ذمة شـــخص لا يجـــوز لـــه أن يجعله رأس مال سلم فى ذمته ، وقد حكى هذا الإجمـــاع غـــير واحـــد مـــن العلمـــاء مـــنهم ابـــن المـــنذر ، وابن قدامة ، وصاحب البحر الزخار ، وغيرهم [5] .

---

(١) المـــراد بـــن : شـــيخ الإســـلام تقـــى الدين أحمد بن عبد الحليم بن تيمية – رحمه الله –.

(٢) إعلام الموقعين ، جـ٢ ، ص ٩.

(٣) سبق تخريجه ، فقرة ١٨٤ من هذه الرسالة.

(٤) الـــبدائع ، جـــ ٥ ، ص ٢٠٤ ، جواهـــر الكـــلام ، جـــ ٢٤ ، ص ٢٩٣ ، شرح النيل ، جـ٨ ، ص ٦٤٠ ، حاشية أبى ستة على الإيضاح جـ٦، ص ٥٦.

(٥) الإجمـــاع لابـــن المـــنذر ، ص ٩٤ ط قطـــر ، والمغـــنى لابـــن قدامة ، جـ٤ ، ص ٣٦٤ ، الـــبحر الـــزخار الجـــامع لمذاهـــب علماء الأمصار لابن المرتضى ، جـــ٤ ، ص ٣٩٨ ، وأيضـــاً: حاشـــية أبـــى ســـتة علـــى الإيضـــاح ، جـــ٦ ، ص ٥٦.

٢٠١ – ٣ – **من المعقول** : وأما من المعقول فمن وجهين:

الوجه الأول : إن المسلم فيه دين ، فإذا جعل الثمن (رأس مال السلم) ديناً – أيضاً – كان ذلك بيع دين بدين ، وهو لا يجوز[١] .

الوجه الثاني : إن من شروط السلم أن يكون رأس المال مقبوضاً فى مجلس العقد[٢] ، فلو كان رأس المال ديناً فى ذمة المسلم إليه لاختل شرط من شروط صحة السلم ، وبالتى لا يجوز .

٢٠٢ – **ثانياً : دليل الرأى الثانى** :

وقد استدل أصحاب هذا الرأى على ما ذهبوا من جواز هذه المعاملة، بأن رأس مال السلم وإن كان يشترط فيه أن يكون مقبوضاً فى المجلس ، إلا أن الدين الثابت فى ذمة المدين لا يحتاج إلى قبض منه ، وذلك لأن ما فى ذمته يعد مقبوضاً له حكماً ، وعلى ذلك فلا مانع من جواز هذه المعاملة ولكن مع الكراهة مراعاة للخلاف[٣].

٢٠٣ – **مناقشة هذا الدليل** : ويمكن مناقشة دليل هذا الرأى بأن القول بجواز هذه المعاملة مع الكراهة قول غير مسلم ، وذلك لأن الدين الذى يراد جعله رأس مال للسلم إنما هو دين مؤجل كما أن المسلم فيه لابد أن يكون مؤجلاً، فإذا جعل هذا الدين رأس مال لهذا السلم فقد بيع المؤجل بالمؤجل ، وهو بيع الكالئ بالكالئ الذى ورد النهى عنه .

---

(١) المغنى لابن قدامة: المرجع السابق الموضع نفسه ، شرح الزركشى على مختصر الخرقى ، جـ٤ ، ص ١٤.

(٢) بدائع الصنائع ، جـ٥ ، ص ٢٠٢ ، مغنى المحتاج ، جـ٢ ، ص١٠٢ ، شرح الزركشى على مختصر الخرقى ، جـ٤ ، ص ١٣ المحلى لابن حزم، جـ٩ ، ص ١٠٩ مسألة رقم ١٦١٤. غير أن السادة المالكية يرون جواز تأخير رأس مال السلم إلى ثلاثة أيام حتى ولو كان يشرط عند العقد ، وذلك لأن ما قارب الشئ يعطى حكمه ، إذ التأخير اليسير فى حكم التعجيل. ينظر: الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقى عليه ،جـ٣ ، ص ١٩٥ ، الشرح الصغير للدردير ، جـ٣ ، ص ١٠٥ ، ١٠٦.

(٣) جواهر الكلام ، جـ٢٤ ، ص ٢٩٤ ، الروضة البهية ، جـ٣ ، ص٣١٢.

٢٠٤ - **ثالثاً أدلـة الــرأى الثالث** :

وقد استدل أصحاب هذا الرأى على ما ذهبوا إليه من التفرقة بين ما إذا كـــان الدين الذى على المدين والذى جعل رأس مال للسلم مؤجلاً وبين ما إذا كـــان حالاً ، وقولهم بالمنع فى الحالة الأولى والجواز فى الحالة الثانية ، أقول: استدل هؤلاء بما يأتى:

٢٠٥ - ١ - **دلـــيل المنع فى حالة ما إذا كان الدين مؤجلاً** : استدل أنصار هذا الرأى على ما ذهبوا إليه من عدم الجواز فى حالة ما إذا كان الدين الذى يراد جعله رأس مال للسلم فى ذمة المدين مؤجلاً ، أقول : استدل أنصار هذا الـــرأى علـــى عدم الجواز فى هذه الصورة بأنها تعد داخلة فى " بيع الكالئ بالكالئ " المنهى عنه[1] ، وبيان ذلك: أن الدين الذى يراد جعله رأس مال فى الســـلم إنما هو دين مؤجل ، كما أن المسلم فيه لا بد أن يكون مؤجلاً ، فإذا جعـــل هـــذا الديـــن رأس مال لهذا السلم ، فقد بيع المؤجل بالمؤجل ، وهذا لا يجوز .

أضـــف إلـــى ذلك : أن جعل الدين المؤجل رأس مال للسلم يخالف مقتضـــى عقـــد السلم ، فلا يجوز ، وبيان ذلك: أن عقد السلم يشترط فيه أن يكـــون رأس المـــال مقبوضـــاً فى مجلس العقد ، فإذا كان رأس المال ديناً مؤجـــلاً ، فـــلا يكـــون - والحالة هذه - مقبوضاً فى المجلس ، وبالتالى لا يصح العقد [٢] .

٢٠٦ - ٢ - **دلـــيل الجواز فى حالة ما إذا كان الدين حالاً** : واستدلوا على جـــواز هذه المعاملة إذا كان الدين الذى يراد جعله رأس مال سلم حالاً ، أو

---

(١) إعـــلام الموقعيـــن ، جـــ٢ ، ص ٨ وأيضـــا : أ . د عـــبد السلام صبحى حامد: عقـــد الســـلم .. قواعـــده وضـــوابطه فـــى الشريعة الإسلامية ، ص ٢٣٩ ، وهو بحـــث منشـــور فـــى مجلـــة الشـــريعة والدراسات الإسلامية التى تصدرها جامعة الكويـــت الســـنة الخامســـة عشـــرة - العـــدد الـــثانى والأربعـــون جمادى الآخرة ١٤٢١هـــ - سبتمبر ٢٠٠٠م.

(٢) الشـــيخ عـــبد الله بـــن ســـليمان بن منيع: أحكام بيوع الدين - مرجع سبق ذكره ، ص ١٥٧.

كان مؤجلاً ولكن رضى المدين بتعجيله ، بأن هذه المعاملة لا تعد داخلة فى بـيع الكالئ بالكالئ " أى المؤخر بالمؤخر " وذلك لأن الدين الذى يراد جعله رأس مال للسلم إنما هو دين معجل (حال) وعلى ذلك تكون هذه المعاملة من قبيل بيع الدين المعجل (الحال) بالدين المؤجل وهو بعيد عن محل النهى[١].

ولا يؤثـر فى صحة هذه الصورة أن رأس مال السلم لم ينقد للمسلم إلـيه فى مجلس العقد ، وذلك لأن استقرار هذا الدين فى ذمة المسلم إليه يعد قبضـاً حكمـياً لـه فى مجلس العقد ، فكأن المسلم قبضه منه ، ورده إليه ، فيرتفع بذلك المانع الشرعى[٢] .

٢٠٧ – منـاقشـة هـذا الدليـل :

يمكن مناقشة هذا الدليل بأنه على الرغم من عدم دخول هذه المعاملة فىبيع الكالئ بالكالئ المنهى عنه ، إلا أن عدم الجواز يأتى من ناحية أخرى، وهـى أن هـذه المعاملة لا تخلو – فى الغالب – من شبهة الربا لأن الإقدام على مثل هذه المعاملة – فى الغالب – لا يكون إلا عند عجز المدين عن أداء الديـن فى موعده ، أو عند رغبة المدين فى تأجيل الدين ، فيعمد المدين إلى جعـل الديـن رأس مال سلم ، ويقبل الدائن ، لأنه سيحصل فى الغالب على أكثر من دينه ، فيدخل هذا فى (أخرنى وأزيدك) [٣] .

٢٠٨ – الترجـيـح :

بعد عرض آراء الفقهاء فى هذه المسألة ، وأدلتهم ومناقشة ما استدل بـه أصحاب الرأيين الثانى والثالث أرى – والله أعلم بالصواب – أن الرأى

---

(١) أ . د عبد السلام صبحى حامد: المرجع السابق ، ص ٢٣٨.

(٢) المـرجع السـابق ، ص ١٣٩ وأيضـاً: الشـيخ عـبد الله بـن سليمان بن منيع: المـرجع السـابق ، ص ١٥٦ ، الدكـتور نـزيه حمـاد: عقد السلم فى الشريعة الإسـلامية ، ص ٤٣ ، طـبعة دار القلـم ، دمشـق – الطـبعة الأولـى ، سـنة ١٤١٤هـ – ١٩٩٣م.

(٣) أ . د الصـديق محمـد الأميـن الضـرير: السلم وتطبيقاته المعاصرة ، ص ٣٩٤، وهـو بحـث منشـور فـى مجلـة مجمع الفقه الإسلامى – الدورة التاسعة ، العدد التاسع الجزء الأول ، سنة ١٤١٧هـ – ١٩٩٦م.

الــراجح هــو الرأى الأول الذى يرى عدم جواز جعل الدين الثابت فى ذمة المدين رأس مال لسلم ، سواء كان هذا الدين مؤجلاً أو حالاً:

أمــا عــدم الجواز فى حالة ما إذا كان الدين الثابت فى ذمة المدين مؤجــلاً. فــلأن الدين – فى هذه الحالة – مؤجل ، والمسلم فيه مؤجل ، فإذا جعل هذا الدين رأس مال للسلم فقد بيع المؤجل بالمؤجل وهو منهى عنه.

وأما عدم الجواز فى حالة ما إذا كان الدين الثابت فى ذمة المدين حالاً، فعلى الرغم من عدم دخول هذه المعاملة فى بيع الكالئ بالكالئ المنهى عنه. كمــا يقول أصحاب الرأى الثالث إلا أن عدم الجواز يأتى من ناحية أخرى، وهى أن هذه المعاملة لا تخلو فى الغالب من شبهة الربا ، وذلك لأن الإقدام على مثل هذه المعاملة – فى الغالب – لا يكون إلا عند عجز المدين عن أداء الديــن فــى موعده ، أو عند رغبة المدين فى تأجيل الدين فيعمد المدين إلى جعــل الديــن رأس مال سلم ، ويقبل الدائن ، لأنه سيحصل فى الغالب على أكثر من دينه ، فيدخل هذا فى " أخرنى وأزيدك " [١] .

وقــد أخــذت مجلــة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بهذا الرأى، حيث جاء فى المادة ٤٩٠ منها: " ويشترط قبض رأس مال السلم فى مجلــس العقــد مع العلم به قدراً ، وصفة ، فلا يصح جعل الدين رأس مال السلم ".

كما أخذ بهذا الرأى أيضاً مجمع الفقه الإسلامى حيث قرر فى دورة مؤتمره التاسع المنعقد بأبى ظبى بدولة الإمارات العربية المتحدة فى الفترة ما بين ١ : ٦ من ذى القعدة سنة ١٤١٥هــ الموافق ١ : ٦ أبريل سنة ١٩٩٥م ما يأتي :

" – ح – لا يجــوز جعل الدين رأس مال للسلم ، لأنه من بيع الدين بالدين " [٢] .

---

(١) المرجع السابق ، الموضع نفسه .

(٢) قــرارات وتوصــيات مجمــع الفقــه الإسلامى ، ص ١٩٤ تنسيق وتعليق الدكتور عــبد الســتار أو غــدة – طــبعة دار القلــم – دمشــق ، الطــبعة الثانــية ، سنة ١٤١٨هــ – ١٩٩٨م.

وعلى الرغم من اختيار القول بعدم جواز هذه المعاملة ، إلا أن هذا القول إنما كان لكون هذه المعاملة ذريعة إلى ربا النساء ، وعلى ذلك إذا تيقن من خلو هذه المعاملة من شبهة الربا فلا مانع من جوازها ، وذلك كما لو كان الدين الثابت فى ذمة المدين حالاً ، وجعل رأس مال لسلم مساوٍ لقيمة الدين ، فلا بأس من الجواز فى هذه الحالة ؛ وذلك لأن المدين لم يغرم أكثر من قيمة الدين الذى فى ذمته ، كما أن الدائن لم تعد عليه فائدة من هذا التأجيل ، بل إنه يكون بمثابة من أنظر المدين المعسر ، فيكون بعمله هذا محسناً ، والإحسان مأمور به فى قوله تعالى: ﴿ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ ﴾ [1] .

جاء فى حاشية الدسوقى على الشرح الكبير: " وأما تأخير الدين أجلاً ثانياً من غير زيادة أو مع حطيطة بعضه فهو جائز " [2] .

المطلب الثانى

التصرف فى الديون ببيعها للمدين بثمن مؤجل فى القانون المدنى

٢٠٩ ــ لقد سبق القول فى المبحث السابق أن الوفاء بمقابل يشترط فيه أن يفى المدين بالمقابل الذى يرتضيه الدائن فوراً ، بحيث يتعاصر الوفاء بمقابل مع الاتفاق عليه ، لذلك فإننا قلنا : إن الوفاء بمقابل يقابل ما يعرف فى الفقه الإسلامى ببيع الدين للمدين بثمن حال .

أما إذا تأخر الوفاء بهذا المقابل ، بأن التزم المدين بأداء هذا المقابل فى المستقبل ، فلا نكون بصدد وفاء بمقابل ، وإنما نكون بصدد تجديد للدين بتغيير محله[3] وبناء على ذلك فإن النظام القانونى الذى يقابل بيع الدين

---

(١) سورة البقرة من الآية رقم ١٩٥.

(٢) جـ٣ ، ص ٦٢.

(٣) وذلك لأن التجديد أنواع ثلاثة:

النوع الأول: التجديد بتغيير الدين ، وهو قسمين:

أ – التجديد بتغيير محل الدين ، وذلك كما لو كان محل الدين الأصلى قطناً ، أو بضائع مثلاً ، فاتفق الطرفان على أن يكون محل الالتزام الجديد نقوداً أو أرضاً زراعية. وهذا القسم هو الذى يقابل بيع الدين للمدين بثمن ===

للمدين بثمن مؤجل في الفقه الإسلامي هو التجديد بتغيير محل الدين .

وعلى ذلك فسوف نلقي بعض الضوء على التجديد بتغيير محل الدين في القانون المدني بوصفه مقابلاً لبيع الدين للمدين بثمن مؤجل في الفقه

=== مؤجل في الفقه الإسلامي.

ب – التجديد بتغيير مصدر الدين ، وذلك كما لو اتفق البائع والمشتري ، أو المؤجر والمستأجر على أن يبقى الثمن أو الأجرة في يد المشتري أو المستأجر على سبيل القرض أو الوديعة.

النوع الثاني: التجديد بتغيير المدين ، ويحصل في صورتين:

- الصورة الأولى: أن يتعهد مدين جديد للدائن بأن يفي له ما على المدين القديم من دين ، فتبرأ ذمة المدين القديم من دينه دون حاجة إلى رضاه بذلك ،ويصير المدين الجديد ملتزماً بدلاً منه بالدين.
- الصورة الثانية: أن يتفق المدين القديم مع مدين جديد على أن يلتزم بدلاً منه بالدين مع رضاء الدائن بذلك ، وفي هذه الحالة يكون المدين القديم قد أناب المدين الجديد في الوفاء بالدين للدائن ، فإذا كان الاتفاق على أن الدائن يبرئ ذمة المدين القديم ، ويكتفي بشغل ذمة المدين الجديد به كانت الإنابة كاملة ، وهي تجديد للدين بتغيير المدين ، وإن اقتصر الدائن على قبول تعهد المدين الجديد على أن يكون مضموماً إلى تعهد المدين القديم كانت الإنابة ناقصة ، ولا تعد تجديداً للدين ، وإنما تنشئ ديناً جديداً إلى جانب دين قديم.

النوع الثالث: التجديد بتغيير الدائن ، وفي هذه الصورة يحل محل الدائن الأصلي دائن جديد ، وهذا النوع من التجديد لا يتم إلا برضاء الأطراف الثلاثة (المدين – الدائن الأصلي – الدائن الجديد).

ويشبه التجديد بتغيير الدائن حوالة الحق في أن الدائن يتغير في كليهما ، ولكنه يختلف عنها في أن التجديد يقضي الالتزام الأول ، وينشئ بدلاً منه التزاماً جديداً هو الذي يكون الدائن الجديد طرفاً فيه ، فلا تكون له تأمينات الدين القديم ، ولا صفاته ، ولا دفوعه. أما الحوالة: فإنها تنقل الحق القديم إلى الدائن الجديد بتأميناته ، وصفاته ، ودفوعه. ينظر في بيان أنواع التجديد: أ . د السنهوري: مرجع سبق ذكره فقرة ٤٩١ وما بعدها ، ص ٨٢٤ وما بعدها ، أ . د عبد الحي حجازي: المرجع السابق فقرة ١٨٥ وما بعدها ، ص ١٨١ وما بعدها ، أ . د سليمان مرقس: المرجع السابق فقرة ٣٨٢ وما بعدها ، ص ٧٨١ وما بعدها ، أ . د عبد الفتاح عبد الباقي: المرجع السابق فقرة ٢٣٢ ، ص ٢٥٠.

الإسلامى وذلك فى فرعين:

الفــرع الأول : تعريف التجديد بتغير محل الدين وشروطه.

الفــرع الثانى : آثار التجديد بتغيير محل الدين.

الفــرع الأول

تعـريف التجديـد بتغيـير محـل الديـن وشـروطه

٢١٠ – أولاً : تعـريف التجـديد بتغيـير محـل الديـن :

يعــرف الــتجديد بتغيير محل الدين بأنه اتفاق يقصد به أن يستبدل بالدين القديم ديناً جديداً مغايراً له فى محله ، ومثاله: كأن يكون شخص مديناً لشخص آخر بمقدار معين من القطن مثلاً ، فيتفقان على أن يلتزم المدين بدلاً عــن ذلــك بمبلغ من النقود[1] ، أو أن يكون محل الالتزام الأصلى بضائع ، فيــتفقان على أن يلتزم المدين بدلاً عن ذلك بأرض زراعية[2] ، أو أن يكون محل الالتزام الأصلى مبلغاً من النقود ، فيتفقان على أن يستبدل به ديناً آخر موضوعه إعطاء سيارة ، أو أرض أو منزل[3] .

وتجديد الدين بتغير محله هو اتفاق ، أى عمل قانونى يتم بإرادتين ، وبالتالى يجب أن تتوافر فيه أركان كل عمل قانونى ، وشروط صحته ، فلا بد من اتجاه الإرادتين نحو إحداث أثر قانونى هو أن يستبدل بالالتزام القديم الــتزاماً جديداً ، ولابد فى كل من هاتين الإرادتين من أن تكون صادرة من ذى أهلية ،وأن تكون خالية من عيوب الرضا .

أما من حيث المحل ، والسبب : فنظراً لأن التجديد ينتج أثرين هما: قضاء الالتزام القديم ، وإنشاء الالتزام الجديد ، فإنه يعد كل من هذين الأثرين محــلاً لاتفاق التجديد ، ويعد سبب نشوء الالتزام الجديد هو انقضاء الالتزام

---

(١) أ . د عــبد الحــى حجــازى: المــرجع الســابق فقــرة ١٨٦ ، ص ١٨٢ ، أ . د محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق فقرة ٢٢٤ ، ص ٢٣٤.

(٢) أ . د محمود جمال الدين زكى: المرجع السابق ، الموضع نفسه.

(٣) أ . د عبد الفتاح عبد الباقى: المرجع السابق ، فقرة ٢٣٠ ، ص ٢٤٧.

القديم ، كما يعد سبب انقضاء الالتزام القديم هو إنشاء الالتزام الجديد[1].

٢١١- ثانياً : **شروط التجديد بتغيير محل الدين :**

يلزم لقيام التجديد توافر شروط،أهمها ما يأتى

٢١٢ – ١ – **وجود التزام قديم قائم وصحيح :** لابد لقيام التجديد من وجود التزام قديم يراد قضاؤه بالتجديد ، لأن التجديد استبدال دين جديد بدين قديم ، فإذا لم يكن هناك أى التزام ، وإنما خيل لذوى الشأن وجوده ، فلا يكون هناك تجديد ، لأنه لا يتصور أن يرد الاستبدال على معدوم .

ولا يكفى – لقيام التجديد – أن يوجد التزام قديم ، بل لا بد أن يكون هذا الالتزام صحيحاً ، وقائماً ، فإذا كان الالتزام القديم باطلاً بطلاناً مطلقاً [2] ، أو كان قد انقضى بسبب من أسباب الانقضاء ، فلا يمكن الاستبدال[3].

أما إذا كان الالتزام القديم المراد تجديده ناشئاً عن عقد قابل للإبطال ولم يبطل بعد ، فإن تجديده يكون جائزاً وصحيحاً بشرط أن تتجه إرادة من تقرر الإبطال لمصلحته إلى إجازة العقد ،وأن يحل الالتزام الجديد محله ، والغالب أن يتحقق ذلك متى كان التجديد قد تم مع علم من تقرر الإبطال لمصلحته بسبب الإبطال[4] ، ومثال ذلك: أن يقترض قاصر مبلغاً من المال

---

(١) أ . د عبد الرزاق السنهورى: المرجع السابق ، فقرة ٤٩٥ ، ص ٨٣٢ ، ٨٣٣ ، أ . د سليمان مرقس: المرجع السابق ، فقرة ٣٧٦ ، ص ٧٧٢ ، ٧٧٣.

(٢) نقض مدنى فى ١٩ أبريل سنة ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ ص ١٠٣١ رقم ٢٠٤ ، وقد جاء فيه أنه (إذا كانت المادة ١/٣٥٣ من القانون المدنى تفترض فى التجديد انقضاء التزام ، ونشأة التزام مكانه ، فإذا كان الالتزام القديم باطلاً امتنع أن يكون محلاً لتجديد ، لأنه بات التزاماً معدوماً فى نظر القانون).

(٣) أ . د عبد الرزاق السنهورى: المرجع السابق فقرة ٤٨٧ ص ٨١٧ ، أ . د عبد الحى حجازى: المرجع السابق فقرة ١٩١ ، ص ١٨٧ ، أ . د سليمان مرقس: المرجع السابق فقرة ٣٧٧ ، ص ٧٧٣. أ . د عبد الفتاح عبد الباقى: المرجع السابق فقرة ١٩١ ، ص ١٨٧.

(٤) أ . د عبد الحى حجازى: المرجع السابق فقرة ١٩١ ص ١٨٦ ، ١٨٧ ، أ . د محمود جمال الدين زكى: المرجع السابق فقرة ٢٢٢ ص ٢٣٢ ، أ . د عبد الفتاح عبد الباقى: المرجع السابق فقرة ٢٣١ ص ٢٤٧ ، ===

ثم يتفق بعد بلوغه سن الرشد مع الدائن أن يستبدل بالدين الناشئ عن القرض ديناً آخر ، فهنا ينطوى التجديد على إجازة ضمنية للقرض ، وبالتالى يصبح الالتزام الناشئ عنه صحيحاً نهائياً ، فيصح الاتفاق على تجديده[1].

أما إذا كان من تقرر الإبطال لمصلحته لا يعلم بسبب الإبطال ، فإن مجــرد موافقته على التجديد لا يعد إجازة للعقد ، وبالتالى يستطيع أن يتمسك بإبطال العقد ، وبالتالى بإبطال التجديد[2].

وهــذا ما قررته المادة ٢/٣٥٣ حيث نصت على أنه: " ٢ – أما إذا كــان الالتزام القديم ناشئاً عن عقد قابل للإبطال ، فلا يكون التجديد صحيحاً إلا إذا قصد بالالتزام الجديد إجازة العقد ، وأن يحل محله ".

٢١٣ – ٢ – الاتفاق على إنشاء التزام جديد وصحيح : لا ينقضى الالتزام القديــم إلا إذا حل محله التزام جديد ، لأن قوام التجديد استبدال التزام جديد بالتزام قديم ، ولأن الدائن ما رضى بانقضاء الالتزام القديم إلا لقيام الالتزام الجديــد مكانه ، فإذا لم ينشأ هذا الالتزام الجديد بسبب بطلان العقد الذى نشأ عنه فإن التجديد لا يقع ، ويظل الالتزام القديم قائماً (المادة ١/٣٥٣ مدنى).

أمـــا إذا كان العقد الذى نشأ عنه الالتزام الجديد قابلاً للإبطال ، فإن الــتجديد يقع ، ولكن مصيره يتعلق بمصير هذا الالتزام ، فإن قضى بإبطاله اعتبر الاتفاق على التجديد كأن لم يكن ، واستمر الالتزام القديم قائماً[3].

=== أ . د محمــد لبيــب شــنب: المــرجع السابق فقرة ٢٠٣ ص ٢٢٩ ، د/ عبد الحكــم فــودة: دعــاوى بــراءة الذمـــة فقـــرة ٢٤٨ ص ٢٥٠ الناشر: دار الفكر الجامعى الإسكندرية ، بدون تاريخ.

(١) أ . د عبد الفتاح عبد الباقى: المرجع والمكان السابقان.

(٢) أ . د محمد لبيب شنب : المرجع والمكان السابقان.

(٣) أ . د عــبد الــرزاق الســنهورى: المــرجع السابق فقرة ٤٨٨ ص ٨١٩ ، ٨٢٠ ، أ . د عـــبد الحـــى حجـــازى: المـــرجع الســـابق فقـــرة ١٩١ ص ١٧٨ ، أ . د محمــود جمــال الديــن زكــى: المــرجع الســابق فقــرة ٢٢٣ ص ٢٢٣ ، أ . د ســليمان مــرقس: المــرجع الســـابق فقرة ٣٧٨ ص ٧٧٥ ، أ . د عبد الفتاح عــبد الــباقى: المــرجع الســابق فــرة ٢٣١ ص ٢٤٨ ، وقــد جــاء فى المذكرة الإيضـــاحية للمشــروع التمهــيدى تعلــيقاً علـــى نـــص المـــادة ١/٣٠٣ مدنـــى: (يشــترط لصــحة الــتجديد ألا يكــون أحــد الالتزاميــن القديــم أو الجديد مطلق الــبطلان ، فــإذا كــان الالـــتزام القديــم بــاطلاً استتبع ذلك بطلان الالتزام ===

٢١٤ - ٣ - نـيـة الـتـجـديد : لا يقع التجديد إلا إذا قصد المتعاقدان منه إنشاء التزام جديد ليحل محل الالتزام القديم ، أى لا بد أن تتجه نية المتعاقدين إلى التجديد ، فإذا لم يقصد المتعاقدان إنهاء الالتزام القديم ، بل قصدا أن يقوم الالــتزام الجديــد إلى جانب الالتزام القديم ، فلا نكون بصدد تجديد للالتزام القديم ، وعلى ذلك إذا كان شخص مديناً لآخر بتوريد كمية من الحبوب ، ثم قــام هــذا المديــن باقتراض مبلغ من النقود من دائنه ، فإن هذا القرض لا يتضــمن تجديــداً ، وإنما يؤدى إلى نشوء التزام جديد برد المبلغ المقترض فيصبح فى ذمة المدين لدائنه التزامان ، التزام بتوريد الحبوب ، والتزام بدفع مــبلغ من النقود ، وذلك لأن الدائن والمدين لم يقصدا بإبرام القرض القضاء على الالتزام القديم بتوريد الحبوب[١] .

ونية التجديد لا تفترض ، بل يجب أن تظهر بشكل واضح ، ولا يلزم فــيها أن يتفق عليها صراحة ، بل يكفى أن يمكن استخلاصها بوضوح من الظروف [٢] .

وعلــى ذلك لا يستفاد التجديد من مجرد كتابة سند بدين موجود من قبل ، وذلك لأن كتابة هذا السند لا تعدو أن تكون وسيلة لإثبات الدين ، كما لا يســتفاد التجديد من مجرد ما " يحدث فى الالتزام من تغيير لا يتناول إلا زمان الوفاء ، أو مكانه ، أو كيفيته" وذلك كإضافة أجل إلى الالتزام المنجز ، أو إسقاط أجل مقترن به ، أو جعل مكان الوفاء به موطن الدائن ، أو موطن

=== الجديــد لــتخلف ســببه ، وإذا كــان الالتزام الجديد باطلاً بقى الالتزام القديم قائمــاً لامتــناع أثــر الــتجديد ، أمــا إذا كــان أحــد الالتزامين قابلاً للبطلان فقد تترتــب علــيه آثــار الــتجديد ، فــإن كــان الالتزام القديم هو القابل للبطلان كان للــتجديد أثــران: أولهمــا: إجــازة الالــتزام القديم والثانى: إنشاء التزام جديد يحل محلــه ، وإن كــان الالــتزام الجديــد هــو القابل للبطلان يظل التجديد قائماً حتى يقضــى بــبطلان هــذا الالــتزام) يــنظر : مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ ٢ صــ ٢٤٥.

(١) أ . د محمد لبيب شنب: المرجع السابق فقرة ٢٠٣ ص ٢٢٨.

(٢) نقــض مــنى فــى ١٩٧٧/٦/٣٠ - مجموعــة أحكام النقض السنة ٢٨ رقم ٢٦٨ ص ١٥٤٣. ونقــض مدنــى فــى ١٩٨٤/١٢/٩ - مجموعــة أحكام النقض السنة ٣٥ رقم ٣٨٠ ص ٢٠٠٧.

وكيله ، كما لا يستفاد التجديد – أيضاً – من مجرد إدخال تعديل على الالتزام لا يتـــناول سوى التأمينات ، أو سعر الفائدة ، وذلك كالنزول عن تأمين كان متفقاً عليه ، أو تعديل سعر الفائدة زيادة أو نقصاً ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره [١].

كذلك لا يعد تجديداً مجرد تقييد الالتزام فى حساب جار ، وإنما يتجدد الالـــتزام إذا قطـــع رصـــيد الحساب ،وتم إقراره ، على أنه إذا كان الالتزام مكفولاً بتأمين خاص ،فإن هذا التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك ،وذلك استثناء من القاعدة العامة فى أثر التجديد[٢] .

هـــذا: ويقـــع على من يدعى وجود نية التجديد عبء إثباتها ، وهو يســـتطيع أن يســـتعين فـــى ذلك بجميع طرق الإثبات ، لتعلق الأمر بواقعة ماديـــة [٣] ، فإذا وجد شك حول توافر هذه النية ، فإنها تعد منتفية ، وبالتالى لا يكون هناك تجديد [٤].

واســـتخلاص نـــية الـــتجديد من الظروف مسألة واقع تترك لقاضى الموضـــوع . ولا معقـــب عليه فى ذلك ، ولا يخضع تقديره لرقابة محكمة

---

(١) المـــادة ٢/٣٥٤ ، وأيضـــاً: أ . دمحمـــود جمـــال الدين زكى: المرجع السابق فقرة ٢٢٥ ص ٢٣٥ ، ٢٣٦. أ . د عـــبد الحـــى حجـــازى: المـــرجع الســـابق فقـــرة ١٨٩ ص ١٨٤ ، أ . د ســـليمان مـــرقس: المـــرجع الســـابق فقـــرة ٣٧٩ ص ٧٧٦ ومـــا بعدهـــا ،وأيضـــاً: نقـــض مدنـــى فى ١٩٦١/٤/٢٠ – مجموعة أحكام الـــنقض الســـنة ١٢ رقـــم ٥٣ ص ٣٨٦ وفـــيه: (إن تجديـــد الالتزام وفقاً للمادة ٣٥٤ مدنـــى لا يســـتفاد مـــن كـــتابة ســـند بدين موجود قبل ذلك ، ولا مما يحدث فى الالتزام من تعيير لا يتناول إلا زمان الوفاء ، أو كيفيته) .

(٢) المـــادة ٣٥٥ مدنـــى. ويـــنظر أيضـــاً: أ . د عـــبد الـــرزاق السنهورى: المرجع الســـابق فقـــرة ٤٩٨ ص ٨٣٩. أ . د محمـــود جمـــال الديـــن زكـــى: المـــرجع السابق فقرة ٢٢٥ ص ٢٣٦ ، أ . د سليمان مرقس: فقرة ٣٧٩ ص ٧٧٨.

(٣) أ . د محمد لبيب شنب: المرجع السابق فقرة ٢٠٣ ص ٢٢٩.

(٤) المـــرجع الســـابق: الموضـــع نفســـه ، أ.د ســـليمان مـــرقس: المرجع السابق فقرة ٣٧٩ ص ٧٧٩ ، أ . د عـــبد الفـــتاح عـــبد الـــباقى: المـــرجع السابق فقرة ٢٣٢ ص ٢٥١.

النقـــض [1].

٢١٥ – ٤ – الأهــليـــة وســـلامـــة الرضــــا : ويشترط فى صحة التجديد أن يكون كل من طرفيه أهلاً لعقده ، لأن الإرادة – وهى هنا نية التجديد – لا تكون ذات أثر قانونى إلا إذا صدرت من ذى أهلية .

ونظراً لأن إرادة الدائن تتجه إلى النزول عن حقه القديم مقابل نشوء الحـــق الجديد ، ولأن إرادة المدين تتجه إلى إنشاء الدين الجديد فى ذمته فى مقـــابل انقضـــاء ديـــنه القديم ، فإن التجديد يعد بالنسبة لكل من طرفيه من التصرفات التى تدور بين النفع والضرر ، فيحتاج فيه إلى أهلية التصرف ، وبالـــتالى إذا عقـــده قاصر مميز وقع التجديد قابلاً للإبطال لمصلحة القاصر وحده [2].

وقياساً على ذلك: يشترط فيمن يتولى التجديد عن غيره أن تكون له ولايـــة التصـــرف فـــى مال هذا الغير ، فلا تكفى أهلية الإدارة ، فمن كان

---

(١) أ . د عـــبد الـــرزاق الســـنهورى: المـــرجع الســـابق فقرة ٤٩٧ ص ٨٣٨ ، أ . د سـليمان مـــرقس: المـــرجع الســـابق فقرة ٣٧٩ ص ٧٧٨، ٧٧٩ ، وأيضاً نقض مدنـــى فـــى ١٩٧٧/٦/٣٠ – مجموعـــة أحكـــام النقض السنة ٢٨ رقم ٢٦٨ ص ١٥٤٣ وفـــيه: (إن اســـتبدال الديـــن أمـــر موضـــوعى يستقل قاضى الموضوع بالفصـــل فـــيه مـــتى كانـــت الأسباب التى أقامت المحكمة عليها حكمها من شأنها أن تـــؤدى إلـــى القـــول بذلـــك). وفى المعنى ذاته: نقض مدنى فى ١٩٨٤/١٢/٩ – مجموعـــة أحكـــام الـــنقض الســـنة ٣٥ رقم ٣٨٠ ص ٢٠٠٧.غير أنه إذا كانت عناصـــر الـــتجديد موجـــودة وفقـــاً لمـــا ذهب إليه قاضى الموضوع فى تفسير نية الطرفيـــن وجـــب تطبـــيق أحكـــام الـــتجديد ،ولمحكمة النقض الرقابة على قاضى الموضـــوع فـــى ذلـــك يـــنظر: أ.د عـــبد الرزاق السنهورى: المرجع السابق ص ٨٣٨ هامش ٣.

(٢) أ . د عـــبد الـــرزاق الســـنهورى: المـــرجع الســـابق فقرة ٤٩٦ ص ٨٣٣ ، أ . د ســـليمان مـــرقس: المـــرجع الســـابق فقـــرة ٣٨٠ ص ٧٧٩ ، أ . د محمد سامى مدكـــور: أحكـــام الالـــتزام ، ص ٢٢٠ ســـنة ١٩٥١ ، أ . د عبد الحى حجازى: المـــرجع الســـابق قـــرة ١٨٩ ص ١٨٣ ، ١٨٤. د/ عـــبد الحكـــم فودة: المرجع السابق فقرة ٢٥٠ ص ٢٥٤.

مفوضاً فى استيفاء الدين كالوكيل ، والوصى ، والدائن المتضامن لا يملك التجديد ، فإن باشره – على الرغم من ذلك – كان التجديد غير نافذ فى حق الأصيل [1].

كذلك يشترط فى إرادة كل من العاقدين أن تكون خالية من عيوب الرضا ، فإذا تعاقد أحدهما تحت تأثير غلط ، أو تدليس ، أو إكراه جاز له إبطال التجديد [2].

الفرع الثانى

آثار التجديد بتغيير محل الدين

٢١٦ – تنص المادة ١/٣٥٦ على أنه : " يترتب على التجديد أن ينقضى الالتزام الأصلى بتوابعه ، وأن ينشأ مكانه التزام جديد ".

يتضح من هذه المادة أنه يترتب على التجديد بتغيير محل الدين أثران هامان هما : إنهاء الدين القديم ، وإنشاء دين جديد ، مع ملاحظة أن هذين الأثرين مرتبطان وجوداً وعدماً ، لا ينفك أحدهما عن الآخر ، بحيث لا يتحقق أحدهما إلا إذا تحقق الثانى، أو بعبارة أخرى : لا ينقضى الدين القديم إلا إذا نشأ مكانه دين جديد[3] .

٢١٧ – **الأثر الأول** : **إنهاء الدين القديم** : يترتب على التجديد إنهاء وزوال الدين القديم بكل توابعه وملحقاته ، وصفاته، وما يرد عليه من دفوع ، وما يضمنه من تأمينات ، غير أنه يجوز أن تنتقل التأمينات من الدين القديم إلى الدين الجديد ، إذا نص القانون[4] ، أو وجد اتفاق خاص على ذلك ، وهذا ما

---

(١) أ . د سليمان مرقس: المرجع السابق فقرة ٣٨٠ ص ٧٨٠ ، أ . د محمد سامى مدكور: المرجع والمكان السابقان.

(٢) أ . د سليمان مرقس: المرجع والمكان السابقان ، أ . د عبد الحكم فودة: المرجع والمكان السابقان.

(٣) أ . د محمود جمال الدين زكى: المرجع السابق فقرة ٢٢٦ ص ٢٣٦.

(٤) ومثال الحالة التى ينص فيها القانون على انتقال التأمين من الالتزام القديم إلى الالتزام الجديد ما تقضى به المادة ٢/٣٥٥ بشأن تجديد الالتزام عن طريق قطع الحساب الجارى المقيد فيه وإقراره ، فهنا إذا كان الالتزام ===

قــررته المادة ٢/٣٥٦ مدنى حيث نصت على أنه: " ولا ينتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التى كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأصلى إلا بنص فى القانون ، أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك " وقد نظم القانون المدنى على وجه التفصيل انتقال التأمينات إلى الالتزام الجديــد وذلك فى المادتين ٣٥٧ ، ٣٥٨ مدنى ، حيث فرق بين ما إذا كانت هذه التأمينات مقدمة من المدين ، ولا تكون إلا عينية[1] ، وبين ما إذا كانت مقدمة من الغير سواء كانت عينية ، أو شخصية :

* فــإذا كانت التأمينات التى كانت تضمن الدين القديم مقدمة مــن المدين ، فإنه يجوز للدائن والمدين أن يتفقا على انتقال التأمينات للدين الجديد ولكن فى الحــدود التى لا تلحق ضرراً بالغير[2] ، وهذا ما قررته المادة ١/٣٥٧ حيث تــنص علــى أنه: " ١ - إذا كانت هناك تأمينات عينية قدمها المدين لكفالة الالــتزام الأصــلى ، فإن الاتفاق على نقل هذه التأمينات إلى الالتزام الجديد تراعى فيه الأحكام الآتية :

أ - إذا كــان التجديد بتغيير الدين ، جاز للدائن والمدين أن يتفقا على انتقال التأمينات للالتزام الجديد فى الحدود التى لا تلحق ضرراً بالغير ".

ومثــال ذلك : أن يكون الدين القديم مقداره ١٠,٠٠٠ جنيه ، ويكون المدين

=== مضــموناً بتأميــن خــاص ، فــإن هذا التأمين يبقى ضامناً للالتزام الجديد ، مــا لــم يــتفق علــى غــير ذلك. ينظر : أ . د عبد الفتاح عبد الباقى: ص ٢٥١ بالهامش.

(١) والمــراد بالتأميــنات العينــية الــتى يقدمهــا المديــن هى التأمينات الاتفاقية التى ارتضــاها لكفالــة الديــن الأصــلى ،وعلى ذلك فلا يدخل فيها حق الامتياز ، ولا حــق الاختصــاص ، لأن حــق الامتــياز إنمــا هــو حــق يرتبه القانون ، وحق الاختصــاص حــق يرتــبه القضــاء ،وعلــى ذلــك فلا تشملهما التأمينات العينية الــتى (قدمهــا المديــن) يــنظر: محمــود جمــال الديــن زكــى: فقرة ٢٢٦ ، ص ٢٣٦ ، ٢٣٧. أ . د الســنهورى: المــرجع الســابق فقــرة ٥٠٦ ، ص ٨٥٠ ، ٨٥١.

(٢) أ . د عــبد الــرزاق الســنهورى: المــرجع السابق فقرة ٥٠٥ ص ٨٤٩ ، ٨٥٠ ، أ . د عــبد الحــى حجــازى: المــرجع الســابق فقــرة ١٩٨ ص ١٩٥ ، أ . د مصطفى الجمال: أحكام الالتزام فقرة ١٢٧ ص ٢٠٣ ، سنة ٢٠٠٠.

قد قدم لضمان هذا الدين رهناً على عقار مملوك له قيمته ٢٠,٠٠٠ جنيه ، ثم رهــن المدين هذا العقار لضمان دين آخر مقداره : ١٠,٠٠٠ جنيه أيضاً ، فإذا قام المدين بتجديد الدين الأول بتغيير محله ، وأصبح مقدار الدين الجديد ١٥,٠٠٠ جنيه ، ورضى بانتقال الرهن الأول لضمان الدين الجديد فإن هذا الرهن لا يضمن من الدين الجديد إلا ١٠,٠٠٠ جنيه فقط حتى لا يترتب على انــتقال التأمين من الدين القديم إلى الدين الجديد ضرر يحيق بالغير ، والغير – هــنا – هو الدائن المرتهن الثانى إذ كان حقه كله مضموناً بالرهن الثانى قبل التجديد ، فيجب أن يبقى كذلك بعد التجديد .

أما لو ضمن الرهن كل الدين الجديد ومقداره ١٥,٠٠٠ جنيه لما كان حــق الدائن المرتهن الثانى مضموناً إلا فى حدود ٥٠٠٠ جنيه مع أن مقدار دينه هو ١٠,٠٠٠ جنيه، وفى هذا إضرار به ، لذلك اشترط القانون ألا يكون فــى الاتفــاق علــى انتقال تأمين الدين القديم إلى الدين الجديد ضرر يحيق بالغير[1].

ويجــب لكــى يكون نقل التأمينات العينية من الدين القديم إلى الدين الجديــد نــافذاً فــى حق الغير أن يكون هذا النقل قد تم مع التجديد فى وقت واحد[2] ، وذلك لأنه لو تأخر هذا النقل عن التجديد ، لانقضت هذه التأمينات مع الدين الذى تضمنه ، ولأدى بعثها من جديد – لضمان الدين الجديد – إلى

---

(١) أ . د عــبد الحــى حجــازى: المــرجع السابق فقرة ١٩٨ ص ١٩٥ ، ١٩٦ ، أ . د ســليمان مــرقس: المــرجع الســابق فقــرة ٣٨٦ ص ٧٨٥، أ . د مصــطفى الجمــال: المــرجع الســابق الموضــع نفسه ، أ . د جلال محمد إبراهيم: انقضاء الالتزام فقرة ٣٦٠ ص ٧٨ طبعة سنة ١٩٩٥م.

(٢) المــادة ٢/٣٥٧ وأيضــاً: أ . د عــبد الــرزاق الســنهورى: المرجع السابق فقرة ٥٠٥ ص ٨٤٩. أ . د عــبد الحــى حجــازى: المــرجع الســابق فقرة ١٨٩ ص ١٩٦ ، أ . د ســليمان مــرقس: المــرجع الســابق فقــرة ٣٨٦ ص ٧٨٦ ، أ . د محمــود جمــال الديــن زكــى: المــرجع الســابق فقرة ٢٢٦ ص ٢٣٧ ، أ . د مصــطفى الجمــال: المــرجع الســابق فقرة ١٢٧ ص ٢٠٣ ، أ . د جلال محمد إبراهيم: انقضاء الالتزام ، مرجع سبق ذكره فقرة ٣٦ ص ٧٧.

الإضـــرار بالغـــير صاحب التأمين المتأخر على نفس المال ،والذى تقدمت مرتبته نتيجة انقضائها بالتجديد(١).

كمـــا يجب – أيضاً – لنفاذ الاتفاق على نقل التأمينات فى حق الغير أن يكـــون بورقة ثابتة التاريخ ، ولعل الهدف من ذلك هو قفل باب الاحتيال فـــى وجـــه المتعاقديـــن إذا اتفقوا على نقل التأمينات بعد التجديد ، حتى لا يستطيعوا أن يضروا بالغير عن طريق تقديم تاريخ هذا الاتفاق(٢).

كما يجب – كذلك – مراعاة الأحكام المتعلقة بالتسجيل ، فيؤشر على هـــامش القيد الذى يشهر التأمين العينى بأن هذا التأمين أصبح يكفل الالتزام الجديد(٣).

* وإذا كانـــت التأميـــنات التى تضمن الدين القديم مقدمة من الغير – سواء كانت شخصية أو عينية – وذلك كالكفالة الشخصية والعينية ، فإنها لا تنتقل لكفالـــة الدين الجديد إلا إذا رضى بذلك الغير الذى قدم هذه التأمينات(٤) وهذا مـــا قررته المادة ٣٥٨ حيث نصت على أنه: " لا ينتقل إلى الالتزام الجديد الكفالـــة عينـــية كانت أو شخصية ، ولا التضامن إلا إذا رضى بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون".

ولعل السبب فى هذا الحكم هو أن الكفيل الشخصى ، أو العينى ، قد ارتضـــى كفالة دين معين ، فإذا انقضى هذا الدين ، انقضت كفالته له ، فإذا

---

(١) مجموعـــة الأعمـــال التحضـــيرية جـــ٣ ، ص ٢٦٠ ، أ . د محمود جمال الدين زكـــى: المـــرجع والمكـــان الســـابقان ، أ . د عبد الحى حجازى: المرجع والمكان السابقان.

(٢) أ . د سليمان مرقس: الموضع نفسه ، أ . د جلال إبراهيم: الموضع نفسه ، أ . د عبد الحكم فودة: فقرة ٢٥٧ ، ص ٢٦١.

(٣) المـــادة ٢/٣٥٧. وأيضـــاً: أ . د الســـنهورى: فقـــرة ٥٠٥ ص ٨٥٠ ، أ . د جمال الدين زكى: الموضع نفسه.

(٤) أ . د الســـنهورى فقـــرة ٥٠٨ ص ٨٥٣ ، أ . د ســـليمان مـــرقس فقرة ٣٨٦ ص ٧٨٥ ، أ . د محمـــد لبيـــب شـــنب: فقـــرة ٢٠٥ ص ٢٣٢، أ . د جمـــال الديـــن زكى فقرة ٢٢٦ ص ٢٣٧ ، ٢٣٨.

أريد أن يظل كافلاً لدين آخر ، وجب أن يوافق على ذلك [١].

٢١٨ - **الأثــر الــثانــى : إنشــاء ديــن جـديـد** : يؤدى التجديد - أيضاً - إلى إنشاء دين جديد مغاير للدين الأول ومستقل عنه.

فالدين الجديد الذى ينشأ بمقتضى التجديد يختلف عن الدين القديم فى مقوماته وفى أوصافه وصفاته ،وفى توابعه وملحقاته ، وفى دفوعه وتأميناته.

فقد يختلف الدين الجديد عن الدين القديم فى محله أو مصدره ، أو فى أحد طرفيه ، وقد ينشأ الدين الجديد تجاريا بعد أن كان القديم مدنياً ، والعكس صحيح ، وقد يكون الدين الجديد مقترناً بأجل بعد أن كان القديم منجزاً ، وقد يكون الدين الجديد مغلاً للفائدة بعد أن كان القديم غير مغل لها ، أو كان مغل لها بسعر مختلف ، ويبدأ سريان التقادم بالنسبة للدين الجديد بعد نشوئه دون أن يعـتد بالمدة التى مرت على الدين القديم لأنه انقضى ، ولأن الدين الجديد مستقل عنه [٢].

وهكــذا يتضح أنه يترتب على التجديد انقضاء الدين القديم ،وإنشاء ديــن جديد يحل محله ويكون مستقلاً ومتميزاً عنه ، وفى هذا تكمن خطورة أثر التجديد ، ويظهر السبب الذى حدا بالمقنن إلى إملاء القاعدة التى تقضى بالتحرز فى استخلاصه ،والقول بأنه لا يفترض [٣].

٢١٩ - **المقارنـة بـين الفـقه الإسلامى والقانـون المـدنـى** :

بالــنظر إلى بيع الدين للمدين بثمن مؤجل فى الفقه الإسلامى يتضح أن الــنظام القــانونى الذى يقابله فى القانون المدنى هو التجديد بتغيير محل الديــن ، وذلــك لأن الوفاء بمقابل الدين يتأخر عن وقت الاتفاق عليه ، بأن يلتزم المدين بأداء هذا المقابل فى المستقبل .

هــــــذا : وإذا كان تجديد الدين بتغيير محله يتفق مع بيع الدين للمدين بثمن

---

(١) أ . د جلال محمد إبراهيم: المرجع السابق فقرة ٣٧ ص ٧٩.

(٢) أ . د عــبد الفــتاح عــبد الــباقى: المرجع السابق فقرة ٢٣٣ ص ٢٥١ ، ٢٥٢ ، أ . د سليمان مرقس: المرجع السابق فقرة ٣٨٧ ص ٧٨٦.

(٣) أ . د عبد الفتاح عبد الباقى: المرجع السابق فقرة ٢٣٣ ص ٢٥٢.

مؤجل فى الصورة إلا أنه يختلف معه فى الحكم ، وذلك لأن بيع الدين للمدين بثمن مؤجل فى الفقه الإسلامى إنما هو غير جائز – وفقاً لما سبق ترجيحه – لأنـــه يصـــدق عليه (بيع الكالئ بالكالئ) الذى ورد النهى عنه فى الحديث الشـــريف ، وانعقـــد الإجماع على عدم جوازه ، ولما سبق ذكره من أنه يعد ذريعـــة إلى ربا النسيئة ، أما تجديد الدين بتغيير محله فهو أمر مشروع من الناحـــية القانونـــية ، إذ نظم المشرع الوضعى أحكامه ، ورتب عليه آثاره ، وذلك لأن القانون الوضعى لا يعير اهتماماً لمسألة الربا ، وفرق بين شريعة سماوية تحرم الربا والذرائع المؤدية إليه ، وبين فقه قانون وضعى يبيحه .

الفصل الثاني

التصــرف فــى الــديــون بــبــيــعــهــا لــغــير الــمدين فــى الــفــقــه الإســلامــى والقــانــون الــمــدنــى

ويشتمل على مبحثين :

المبحث الأول: التصرف فى الديون ببيعها لغير المدين فى الفقه الإسلامى.

المبحث الثانى: التصرف فى الديون ببيعها لغير المدين فى القانون المدنى.

* المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى.

المبحث الأول

التصرف فى الديــون ببيــعها لغير المديــن فى الفقــه الإســلامى

٢٢٠ – ويشتمل على مطلبين :

المطلــب الأول : التصرف فى الديون ببيعها لغير المدين بثمن حال فى الفقه الإسلامى .

المطلب الثانى : التصرف فى الديون ببيعها لغير المدين بثمن مؤجل فى الفقه الإسلامى .

المطلب الأول

التصــرف فــى الديــون ببيعــها لغــير المــدين بثــمن حــال فى الفقه الإسلامى

٢٢١ – **تصويــر المسألة** : وصورة المسألة أن يكون لــ (محمد) على (أحمد) مقــدار مــن الدين فيبيعه لــ (إبراهيم) بألف جنيه مثلاً ، تدفع حالاً ، أو أن يشترى (محمد) بدينه الذى على (أحمد) سيارة من إبراهيم .

٢٢٢ – **حــكم المســألة** : اخــتلف الفقهاء فى حكم هذه المسألة – ومثيلاتها – إلى ثلاثة آراء :

٢٢٣ - الــــرأى الأول : وهــو للحنفــية [١] ، والشافعية فى الصحيح من المذهب [٢] والحنابلة فى الصحيح فى المذهب[٣] ، والظاهرية[٤] والزيدية[٥] ، وبعض الإمامية [٦] ،ويرون عدم جواز بيع الدين لغير المدين بثمن حال.

٢٢٤ - الـــرأى الثانى : وهو للشافعية فى وجه عندهم[٧] ، وأحمد فى رواية

---

(١) المبســوط للسرخســى جــ١٤ ، ص ٢٢ وفــيه: (وإذا كــان لرجل على رجل ألــف درهــم مــن قــرض أو غيره فباع دينه من رجل آخر بمائة دينار ، وقبض الدنانــير لــم يجــز ، وعلــيه أن يــرد الدنانــير ، لأن البيع لا يرد إلا على مال مــتقوم ، ومــا فــى ذمــة زيــد لا يكــون مالاً متقوماً فى حق عمرو ، فلا يجوز بــيعه مــنه ، ولأن الــبائع لا يقــدر علــى تسليمه حتى يستوفى ، ولا يدرى متى يســتوفى) وأيضــاً: بدائــع الصــنائع ، جــ٥ ، ص ١٤٨ ، تبيين الحقائق ، جــ ٤ ، ص ٨٣.

(٢) التهذيــب للــبغوى ، جـــ٣ ، ص ٤١٧ وفــيه: (أمــا إذا باع الدين من غير من علــيه ، مــثل: إن كــان لــه علــى زيد عشرة دراهم ، فاشترى من عمرو ثوباً بــتلك العشــرة ، أو قــال لعمــرو: بعتك العشرة التى فى ذمة زيد لى بثوبك هذا ، فاشــتراه عمــرو ، فالمذهــب أنــه لا يجــوز ، لأنـــه غــير قادر على تسليمه) وأيضــاً: روضـــة الطالبيـــن للـــنووى ، جـــ٣ ، ص ٥١٤ ، والمجموع لــه أيضاً ، جــ٩ ، ص ٢٧٥.

(٣) شــرح منــتهى الإرادات ، جـــ٢ ص ٢٢٢ وفــيه: (ولا يصــح بيع دين مطلقاً لغــيره ، أى: غــير مــن هــو علــيه ؛ لأنــه غير قادر على تسليمه أشبه الآبق) ومــثله فــى كشــاف القــناع ، جـــ٣ ، ص ٣٠٧ ،والمــبدع فى شرح المقنع ، جــ٤ ، ص ١٩٩.

(٤) المحلــى لابــن حــزم ، جـــ٩ ، ص ٦ مسألة رقم ١٥١٠ وفيه: (ولا يحل بيع ديــن يكــون لإنســان علــى غيره ، لا بنقد ، ولا بدين ، ولا بعين ، ولا بعرض ، كــان ببيــنة ، أو مقــراً بــه ، أو لــم يكن ، كل ذلك باطل ... برهان ذلك أنه بيع مجهول ، وما لا يدرى عينه. وهذا هو أكل مال بالباطل ...) .

(٥) الــبحر الــزخار ، جـــ٤ ، ص ١١٧ وفــيه: (أمــا الذى فى الذمة فلا يباع إلا ممــن هــو فــى ذمــته ،وفــى غيره يؤدى إلى الشجار ، وإلى الكالئ بالكالئ ، أو إلى بيع المعدوم).

(٦) مفــتاح الكــرامة ، جـــ٥ ، ص ٢٠ وفــيه: بعــد أن ذكــر أن مذهــب علمــاء الإمامــية هــو جــواز بــيع الدين مطلقاً: (... والمخالف فيما نحن فيه ابن إدريس ، فمنع من بيعه على غير من هو عليه).

(٧) المهــذب للشــيرازى ، جـــ٢ ، ص ١٣ طــبعة دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولــى ســنة ١٤١٦هـــ - ١٩٩٥ وفــيه بعــد أن ذكر جواز بيع الدين لمن هو علــيه: (... وهــل يجــوز مــن غــيره؟ فيه وجهان: أحدهما: يجوز. لأن ===

اخـــتارها الشـــيخان ابن تيمية ، وابن القيم[1] ، والمشهور عند الإمامية[2] ، ويرون جواز بيع الدين لغير المدين بثمن حال مطلقاً .

٢٢٥ – الـــرأى الثـــالـــث : وهو للمالكية [3] ، والشافعى فى قول صححه كثير من أئمة المذهب[4] ويرون عدم جواز بيع الدين لغير المدين بثمن حال إلا إذا توافـــرت مجموعـــة من الشروط تباعد بينه وبين الربا والغرر ، وتتفى عنه

=ـــمـــا جـــاز بـــيعه ممـــن هـــو عليه جاز بيعه من غيره كالوديعة ...) وأيضاً: روضة الطالبين ، جـ٣ ، ص ٥١٤ ،المجموع للنووى ، جـ٩ ، ص ٢٧٥.

(١) الإنصـــاف فـــى معـــرفة الـــراجح مـــن الخـــلاف للمرداوى ، جـ٥ ، ص ١١٢ الطـــبعة الأولـــى ســـنة ١٣٧٦هـــ – ١٩٥٦ وفـــيه بعد أن ذكر أن الصحيح فى المذهـــب عـــدم جـــواز بـــيع الديـــن المســـتقر لغـــير من هو فى ذمته: (وعنه : يصـــح. قالـــه الشـــيخ تقـــى الديـــن – رحمـــه الله-) وأيضاً: الفروع لابن مفلح ، جـــ٤ ، ص ١٨٥ طـــبعة عـــالم الكتـــب ســـنة ١٣٨٨هـــ – ١٩٦٧م ، تصحيح الفـــروع للمـــرداوى ، جـــ٤ ، ص ١٨٥ وهـــو مطـــبوع أســـفل كتاب الفروع الســـابق ،مجمـــوع فـــتاوى شـــيخ الإســـلام ابـــن تيمية ، جـ ٢٩ ، ص ٥٠٣ ، الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية ، ص ١١٤.

(٢) جواهـــر الكـــلام ، جـــ٢٤ ، ص ٣٤٤ وفـــيه: (... يجوز بيع الدين بعد حلوله علـــى الـــذى هـــو علـــيه بلا خلاف فيه بيننا ، ولا إشكال ، بل وعلى غيره وفاقاً للمشهور). وأيضاً: مفتاح الكرامة ، جـ٥ ، ص ٢٠.

(٣) هـــذا بالنســـبة لغـــير ديـــن الســـلم ، أمـــا دين السلم فإن المالكية يرون جواز بيعه لغـــير المديـــن بمـــثل ثمـــنه وبـــأقل وبأكـــثر ، وذلك إذا كان غير طعام ، وكان الثمـــن حـــالاً ، لـــئلا يـــؤدى إلى بيع الطعام قبل قبضه ، أو يؤول إلى بيع الكالئ بالكالئ.

يـــنظر : المدونـــة ، جـــ٩ ، ص ٨٧ ، بدايـــة المجتهد لابن رشد الحفيد ، جـ٢ ، ص ٢٣٢ طـــبعة مكتـــبة الكلـــيات الأزهـــرية ســـنة ١٣٩٠هـــ – ١٩٧٠م ، قوانيـــن الأحكـــام الشـــرعية لابـــن حزى ، ص ٢٧٥ طبعة عالم الفكر القاهرة – الطـــبعة الأولـــى ســـنة ١٤٠٥هـــ – ١٩٨٥م وفـــيه: (ويجـــوز بـــيعه – أى العـــرض المســـلم فـــيه – مـــن غـــير بائعـــه بالمثل ، وأقل ، وأكثر يداً بيد ،ولا يجوز بالتأخير للغرر ، لأنه انتقال من ذمة إلى ذمة) .

(٤) وذلـــك كالشـــيرازى والـــنووى ، وغـــيرهم . يـــنظر : المهذب جـ ٢ ص ١٣ ، روضـــة الطالبيـــن ـ ٣ ص ٥١٤ ، المجمـــوع جـــ ٩ ص ٣٧٥ ، اســـنى المطالب ، جـ ٢ ص ٨٥ ، نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٩٢ .

المحظورات الشرعية الأخرى [1] .

---

(١) والشروط التي اشترطها المالكية لجواز بيع الدين لغير المدين بثمن حال هي:
١ – أن يكون المدين حاضراً في البلد ، ليعلم حاله من فقر أو غنى ،وذلك لأن عوض الدين يختلف باختلاف حال المدين من فقر أو غنى ، والمبيع لا يصح أن يكون مجهولاً.
٢ – أن يكون المدين مقرا بالدين ، فإذا كان المدين ميتاً ، أو غائباً عن البلد، أو حاضراً ولكنه لم يقر بالدين فلا يجوز بيع دينه ولو ثبت بالبينة حسما للمنازعات.
٣ – أن يكون المدين ممن تأخذه الأحكام ، وذلك حتى يمكن تخليص الدين منه إذا امتنع عن دفعه وحتى يكون الدين مقدوراً على تسليمه.
٤ – أن يباع الدين بغير جنسه ، أو بجنسه مساوياً له ، لا أنقص وإلا كان سلفاً بزيادة ولا أزيد وإلا كان فيه حط الضمان وأزيدك.
٥ – أن يكون الدين مما يجوز بيعه قبل قبضه ، احترازاً مما لو كان طعاماً ، فلا يجوز لو ورد النهي عن بيع الطعام قبل قبضه.
٦ – ألا يكون الثمن ذهباً حيث يكون الدين فضة ، أو العكس ، لئلا يؤدى إلى الصرف المؤخر.
٧ – أن يعجل المشترى الثمن ، لئلا يؤدى إلى بيع الدين بالدين.
٨ – ألا يكون بين المشترى والمدين عداوة ، لئلا يتوصل بذلك إلى ضرره والتسلط عليه(١).
فإذا وجدت هذه الشروط جاز بيع الدين لغير المدين بثمن حال عند المالكية وإن تخلف شرط منها فلا يجوز
ينظر في ذكر هذه الشروط: الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه ، جـ٣ ، ص ٦٣ الشرح الصغير للدردير ، جـ٣ ، ص ٣٥ ، شرح الخرشي على المختصر ، جـ٥ ، ص ٧٧ ، ٧٨ ، شرح منح الجليل للشيخ عليش ، جـ٢ ، ص ٥٦٤ وما بعدها، الزرقاني على المختصر ، جـ ٥ ، ص ٨٣ ، البهجة شرح التحفة ، جـ٢ ، ص ٧٨ ، ٧٩. المنتقى شرح الموطأ للباجي ، جـ٥ ، ص ٧٦ ، جواهر الإكليل للأبي ، جـ٢ ، ص ١٢٤.
أما الشروط التي اشترطها الشافعية فهي :
١ – أن يكون الدين مستقراً ، وذلك حتى يخرج دين السلم ، فلا يجوز بيعه لعدم استقراره.
٢ – أن يقبض مشترى الدين ممن عليه ، ويقبض البائع العوض في المجلس ، فإن تفرقا قبل قبض أحدهما بطل العقد. ===

٢٢٦ – **الأدلـة** :

٢٢٧ – **أولاً : أدلـة الـرأى الأول** :

اســتدل أصــحاب الــرأى الأول القائلون بعدم جواز بيع الدين لغير المدين بثمن حال بالمعقول وذلك من وجهين :

٢٢٨ – **الــوجـــه الأول** : إن الدائن لا يقدر على تسليم المبيع للمشترى ، لأن الديــن شــئ يتعلق بذمة المدين ، وهى غير مقدورة للدائن ، فقد يجحد المدين الدين أو يماطل ، أو يكون معسراً ، فيتعذر تخليص الدين منه ، وبهذا يكــون الدين غير مقدور التسليم كالعبد الآبق ، والطير فى الهواء ، وبيعهما غير جائز لما فيه من المخاطرة ، فكذا بيع الدين[1].

منــاقشــة هــذا الــوجــه : ويمكن مناقشة هذا الاستدلال بهذا الوجه بأن قــياس بــيع الدين لغير المدين بثمن حال على بيع الآبق والطير فى الهواء بجــامع المخاطــرة وعدم القدرة على التسليم لنثبت لهذا البيع الحرمة الثابتة لهمــا إنمــا هو قياس مع الفارق ووجه الفرق: أن المدين إذا كان مليئاً مقراً بالديــن وأمكــن الحصــول عليه منه ، فإن الظاهر من أمره عدم المماطلة فــيكون الدين الذى عليه مقدور التسليم ، مأمون الضياع ،وبالتالى فلا يكون فى بيعه مخاطرة ، ولا كذلك بيع الآبق والطير فى الهواء ، لأن الغالب فيهما

=== ٣ – أن يكــون المديــن مليــئاً ومقــرا بالديــن ، أو علــيه بينة لا كلفة فى إقامــتها ؛ وذلــك لــتفادى الوقــوع فــى الغرر الذى يمكن أن يشأ عن عدم القدرة على تسليم الدين إلى المشترى(١)

يــنظر : روضــة الطالبيــن للــنووى ، جـــ٣ ، ص ٥١٤ ، التهذيب للبغوى ، جـــ٣ ، ص ٤١٧. المجمــوع شــرح المهــذب للــنووى ، جـ٩ ، ص ٢٧٥ ، فــتح العزيــز شــرح الوجــيز ، جـ٨ ، ص ٤٣٨ ، ٤٣٩. أسنى المطالب ، جـ ٢ ، ص ٨٥ ، مغــنى المحــتاج ، جـــ٢ ، ص ٧١. طــبعة إحــياء الــتراث العــربى ١٣٧١هـــ – ١٩٥٨م ، نهايــة المحــتاج ، جـــ٤ ، ص ٩٢. حاشية الجمــل علــى شــرح المــنهج ، جـــ٤ ، ص ٥٣٨ طــبعة دار الكتــب العلمية بيروت ، الطبعة الأولى سنة ١٤١٧هـــ – ١٩٩٦م.

(١) الشــرح الكبــير علــى متــن المقنع ، جـ٤ ، ص ٣٧٢ ، كشاف القناع ، جـ٣ ، ص ٣٠٧ ، شــرح منــتهى الإرادات ، جـــ٢ ص ٢٢٢ ، المبســوط للسرخسى ، جـ١٤ ، ص ٢٢ ، التهذيب للبغوى ، جـ٣ ص ٤١٧.

عدم الحصول فكان فى بيعهما مخاطرة ، فافترقا [1].

٢٢٩ - **الوجه الثاني** : واستدلوا على عدم الجواز بأن الدين مجهول العين وقت العقد ولا يدرى ما هو ، إذ الواجب على المدين أن يؤدى أى شئ مما تنطبق عليه صفة الدين ، وقد يكون ما سيؤديه لم يخلق بعد ، فيكون مجهول الوجود والذات معاً ، وبيع المجهول غرر منهى عنه[2].

مناقشة هذا الوجه : ويمكن مناقشة الاستدلال بهذا الوجه بأن الجهالة المانعة من جواز البيع هى الجهالة المفضية إلى الخصومة والمنازعة ، والجهالة بما سيؤديه المدين عند حلول الأجل ليست كذلك ، وذلك لأن صفة الدين معلومة ، فأى شئ أداه المدين مما ينطبق عليه أوصاف الدين الذى فى ذمته كان مجزئاً له مبرئاً لذمته ، وليس للدائن أن يطلب منه غير ذلك ، وبهذا تنحسم مادة المنازعة[3].

٢٣٠ - ثانياً : أدلة الرأى الثانى :

استدل أصحاب الرأى الثانى القائلون بجواز بيع الدين لغير المدين بثمن حال بالسنة ، والقياس :

٢٣١ - ١ - **من السنة** : ما روى أن رسول الله ﷺ قال: " من ابتاع ديناً على رجل فصاحب الدين أولى إذا أدى مثل الذى أدى صاحبه " [4].

---

(١) قرب ذلك: الشيخ عبد السميع إمام: مرجع سبق ذكره ص ١٠٨ ، الشيخ عيسوى أحمد عيسوى: مرجع سبق ذكره ص ١٤٣ ، ١٤٤ ، الدكتور محمد نجم الدين الكردى: مرجع سبق ذكره ص ١٣٧ ، ١٣٨.

(٢) المحلى لابن حزم ، جـ ٩ ، ص ٦ مسألة رقم (١٥١٠) ، الشيخ عبد السميع إمام: المرجع السابق الموضع نفسه ، الشيخ عيسوى أحمد عيسوى: المرجع السابق ص ١٤٣.

(٣) الشيخ عبد السميع إمام: مرجع سبق ذكره ص ١٠٨ ، الشيخ عيسوى أحمد: المرجع السابق ص ١٤٤.

(٤) مصنف عبد الرزاق كتاب البيوع - باب هل فى الحيوان أو البئر أو النحل أو الدين شفعة ، جـ ٨ ، ص ٨٨ رقم ١٤٤٣٢ ، كنز العمال فى سنن الأقوال والأفعال لعلاء الدين البرهان مورى ، جـ ٦ ، ص ٢٤٠ رقم ١٥٥٢٣ طبعة مؤسسة الرسالة ، بيروت سنة ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.

وجـــه الاستدلال من الحديث : أن رسول الله ﷺ فى هذا الحديث قد أقر هذا البيع ، إلا أنه ﷺ جعل المدين أولى من المشترى فى شراء دينه الذى عليه إذا دفع مثل ما دفع المشترى ، وذلك حتى يبرئ ذمته ، ولو لم يكن هذا البيع صحيحاً لما أقره الرسول ﷺ ولكان قد أمر بمنعه [1] .

منـــاقشة الاســـتدلال بهـــذا الحـــديـــث : وقد نوقش الاستدلال بهذا الحديث بأنـــه لا يصح ، وذلك لأن فى إسناده راوياً مجهولاً ، فقد رواه معمر[2] عن رجل من قريش لم يسمه ، عن عمر بن عبدالعزيز عن النبى ﷺ وعلى ذلك فهو حديث مرسل [3].

٢٣٢ – ٢ – **مـــــن القيـــاس** : فقد قاسوا بيع الدين لغير المدين بثمن حال على بيع الدين للمدين بثمن حال ، بجامع أن كلاً منهما ثابت فى ذمة المدين ، والثانى جائز فكذلك الأول[4].

منـــاقشـــــة هـــــذا الدليـــل : ويناقش هذا الدليل بأن قياس بيع الدين لغير المدين بثمن حال على بيع الدين للمدين بثمن حال بجامع الثبوت فى الذمة فى

---

(١) الشـــيخ عـــبد الســـميع إمـــام: المـــرجع والمكـــان السابقان ، الشيخ عيسوى أحمد عيســـوى: المـــرجع الســـابق ص ١٤٢ الدكـــتور محمـــد نجـــم الديـــن الكردى: المرجع السابق ص ١٣٦.

(٢) معمـــر: هـــو معمـــر بـــن راشـــد الأزدى – مولاهم – أبو عروة البصرى ، نزيل اليمـــن ، أحـــد الأعـــلام الـــثقات ، قـــال عنه الإمام أحمد: (ليس يضم إلى معمر أحـــد إلا وجدتـــه فوقـــه) وقـــال أبـــو حـــاتم: (صـــالح الحديث ، وما حدث به بالبصـــرة ففـــيه أغالـــيط) توفـــى ســـنة ١٥٣هـــــ – وقيل: ١٥٤هـــ – وقيل : ١٥٠هــــ. يـــنظر طـــبقات ابـــن سعد ، جـــ٦ ، ص ٧٢ طبعة دار الكتب العلمية – بـــيروت الطـــبعة الأولـــى ســـنة ١٤١٠هـــــ – ١٩٩٠م ، مـــيزان الاعتدال ، جــــ٤ ، ص ١٥٤ رقـــم ٨٦٨٢ ، تقريـــب التهذيـــب جــــ ٢ صـــــ ٢٠٢ رقم ٦٨٣٣.

(٣) المحلى ، جــ٩ ، ص ٦ مسألة رقم ١٥١٠.

(٤) المهـــذب للشـــيرازى ، جـــــ٢ ، ص ١٣ ، التهذيـــب للبغوى ، جــ٣ ، ص ٤١٧ ، فـــتح العزيـــز للـــرافعى ، جـــــ ٨ ، ص ٤٣٩ ، مغـــنى المحـــتاج ، جـــ٢ ، ص ٧١.

كل لنثبت للأول الجواز الثابت للثانى إنما هو قياس مع الفارق.

وجـــه الفـــرق : أن بـــيع الدين للمدين بثمن حال إنما هو بيع لما هو مقبوض لـــه فلا يرد عليه القول بعدم القدرة على التسليم ، وذلك بخلاف بيع الدين لغير المدين فهو وإن كان ثابتاً فى ذمة المدين به إلا أن البائع لا يتمكن مـــن تسليمه إلى المشترى ، ولا شك أن تخلف شرط القدرة على التسليم من شأنه أن يفسد البيع فافترقا [١].

٢٣٣ - **ثـالـثـاً : دليـل الـرأى الثالـث** : استدل أصحاب الرأى الثالث على ما ذهـــبوا إلـــيه مـــن تقييد القول بالجواز بالشروط التى اشترطوها ، بأن هذه الشـــروط من شأنها أن تنأى بهذه المعاملة عن الأسباب التى تؤدى إلى عدم جوازهـــا ، كالغـــرر ، وعدم القدرة على التسليم ، او الجهالة ، أو الخصام والشجار ، وإذا خلت المعاملة من هذه المحظورات كانت جائزة [٢] .

٢٣٤ - **الترجيح** : بعـــد عـــرض آراء الفقهاء فى هذه المسألة ، وأدلتهم ، ومناقشـــة هذه الأدلة يتضح – والله أعلم بالصواب – أن القائلين بعدم جواز بـــيع الديـــن لغير المدين بثمن حال إنما قالوا ذلك لوجود بعض المحظورات الشـــرعية ، كالغرر وعدم القدرة على التسليم[٣] ، ولما فيه من الجهالة[٤] ،

---

(١) الـــبدائع ، جــــ ٥ ، ١٨٢ وفـــيه: (وأمـــا بـــيع الديـــون من غير من هى عليه ، والشـــراء بهـــا مـــن غـــير مـــن هى عليه فينظر : إن أضاف البيع والشراء إلى الديـــن لـــم يجـــز ... لأن مـــا فى ذمة فلان غير مقدور التسليم فى حقه ، والقدرة علـــى التســـليم شـــرط انعقـــاد العقـــد ... بخـــلاف البيع والشراء بالدين بمن عليه الدين ، لأن ما فى ذمته مسلم له).

(٢) يـــنظر : حاشـــية الدســـوقى علـــى الشـــرح الكبـــير ،جـــ ٣ ص ٦٣ ، شـــرح الخرشـــى علـــى مختصـــر خلـــيل ،جـــ ٥ ص ٧٧ ،٧٨ ، روضة الطالبين جـــ ٣ ص ٥١٤ ، التهذيب للبغوى جـــ ٣ ص ٤١٧ .

(٣) روضـــة الطالبيـــن ، جـــــ٣ ، ص ٥١٤ ، التهذيـــب للـــبغوى: الموضـــع نفسه ، شـــرح منـــتهى الإرادات ، جـــــ٢ ، ص ٢٢٢ ، كشـــاف القـــناع ، جـــــ٣ ، ص ٣٠٧.

(٤) المحلـــى لابـــن حـــزم ، جـــــ٩ ، ص ٦ مســـألة رقـــم ١٥١٠ ، المجموع شرح المهذب للنووى ، جـــ٩ ، ص ٢٧٥.

ولما يؤدى إليه من الخصام والشجار[1] .

وعلى ذلك إذا خلا بيع الدين لغير المدين من هذه المحظورات فلا مانع – والحالة هذه – من القول بالجواز ، وهذا ما تحققه الشروط التى اشترطها المالكية والشافعية ، وذلك لأن المدين إذا كان مليئاً مقراً بالدين ،وأمكن الحصول عليه منه مع كون الدين حالاً ففى هذه الحالة لا يستقيم القول بأن الدين غير مقدور على تسليمه ، أو أن هناك غرراً أو جهالة.

كما أنه إذا كان الثمن حالاً ، وبيع الدين بغير جنسه ، وكان مما يجوز بيعه قبل قبضه ، فلا يمكن القول بوجود ربا أو نحوه.

وإذا لم يكن هناك عداوة بين المدين والمشترى ، فلا يقال بوجود خصام أو شجار أو نحوهما .

وعلى ذلك : فبيع الدين لغير المدين بثمن حال بالشروط التى ذكرها المالكية والشافعية إنما هو بيع جائز ، إذ لا غرر ولا ضرر ، ولا ربا ولا جهالة.

وشئ آخر ينبغى الإشارة إليه والتنبيه عليه ، هو أن الدائن الذى يريد أن يبيع دينه ينبغى عليه أن يعرض أمر هذا البيع على المدين به ، فإذا رغب فى أن يشتريه كان مقدماً على غيره ، وإن لم يرغب باعه الدائن لمن يشاء بالقيود التى ذكرها المالكية والشافعية .

فإن لم يعرض الدائن ذلك على المدين ، وباعه الدائن لغيره دون علمه ، كان من حق المدين أن يدفع الثمن الذى أداه المشترى ليتمكن من إبراء ذمته من هذا الدين ، وذلك عملاً بالحديث الذى تقدم ذكره ، وهو وإن كان ضعيفاً ، إلا أن ضعفه ينجبر بموافقته لأصول الشريعة [2].

---

(١) البحر الزخار ، جـ٤ ، ص ١١٧.

(٢) الشيخ عبد السميع إمام: مرجع سبق ذكره ص ١١٠ ، ١١١ ، الشيخ عيسوى أحمد عيسوى ، المرجع السابق ص ١٤٥.

المطلب الثانى

التصرف فى الديون ببيعها لغير المدين بثمن مؤجل فى الفقه الإسلامى

٢٣٥ – تم الكلام فى المطلب السابق – بحمد الله تعالى – عن حكم التصرف فى الديون ببيعها لغير المدين بثمن حال ، أما فى هذا المطلب ، فسيكون الكلام – إن شاء الله – عن حكم التصرف فى الديون ببيعها لغير المدين بثمن مؤجل ، وهذا يقتضى تصوير المسألة ،وذكر آراء الفقهاء فيها ، وأدلتهم ، ومناقشة ما يحتاج منها إلى مناقشة ، ثم ترجيح ما قوى دليله ، وذلك فيما يأتى :

٢٣٦ – **تصوير المسألة** : ذكر الفقهاء لهذه المسألة عدة صور منها :

* أن يكون لـ (محمد) دين على (أحمد) ، فيبيعه لـ (إبراهيم) بمبلغ من النقود فى ذمته[1].

* أن يكون لـ (محمد) دين على (أحمد) ، ولـ (إبراهيم) دين على (أحمد) أيضاً ، فيبيع (محمد) دينه الذى على (أحمد) لـ (إبراهيم) بدينه الذى على (أحمد) أيضاً[2] .

أن يكون لـ (محمد) دين على (أحمد) ، ولـ (إبراهيم) دين على (خالد) فيبيع (محمد) دينه الذى على (أحمد) لـ (إبراهيم) بدينه

---

(1) الشرح الكبير للدردير ، جـ٣ ، ص ٦٢ ، ٦٣ ، وقد مثل لهذه المسألة بقوله: (... كمن له دين على شخص فيبيعه من ثالث لأجل) وأيضاً الشرح الصغير للدردير ، جـ٣ ، ص ٣٥ ، ومثل بقوله: (... كبيع ما ... على غريمك بدين فى ذمة رجل ثالث) وأيضاً : المنتقى شرح الموطأ ، جـ٥ ، ص ٣٣ ، وقوانين الأحكام الشرعية ، ص ٣١٧.

(2) فتح العزيز شرح الوجيز للرافعى ، جـ٨ ، ص ٤٣٩ ، وقد مثل لهذه الصورة بما إذا (كان له دين على إنسان ولآخر مثله على ذلك الإنسان ، فباع أحدهما ما له عليه بما لصاحبه ...) وأيضاً: المجموع ، جـ٩ ، ص ٢٧٥ ، روضة الطالبين ، جـ٣ ، ٥١٤.

الذى على (خالـــد) [١].

٢٣٧ – **حـكم المسألة** : اختلف الفقهاء فى حكم هذه المسألة على رأيين :

٢٣٨ – **الــرأى الأول** : وهو لجمهور الفقهاء من الحنفية[٢] ، والمالكية[٣] ،

---

(١) الشرح الكبير للدردير ، جـ٣ ، ص ٦٢.

(٢) بدائـــع الصـــنائع ،جـــ٥ ، ص ١٤٨ ، تبييـــن الحقـــائق ، جـــ٤ ، ص ٨٣ ، الأشـــباه والـــنظائر لابـــن نجـــيم ص ٣٥٧ ، رد المحتار على الدر المختار ، جـ ٥ ، ص ١٥٢ ، وفيه: (ولا يجوز تمليك الدين من غير من هو عليه الدين).

(٣) الشـــرح الكبـــير للدرديـــر جــــ ٣ ص ٦٢ ، حيـــث جـــاء فيه فى معرض بيانه أقســـام بـــيع الكالـــئ بالكالـــئ الممـــنوع عندهم : (وأشار إلى القسم الثانى بقوله ((وبـــيعه)) أى الديـــن ولـــو حـــالاً ((بديـــن)) لغير من هو عليه) وأيضاً الشرح الصغير جـ ٣ ص ٣٥ .

علـــى أن المالكـــية وإن كـــانوا يمـــنعون بـــيع الدين لغير المدين بثمن مؤجل ، إلا أنهـــم يجـــيزون بـــيع الديـــن لغير المدين بمعين يتأخر قبضه سواء كان عقارا أو غـــيره ، كـــأن يكـــون لـــــ (محمـــد) علـــى (أحمـــد) دين ، فيبيعه لـــ (إبراهيم) بسيارة من موديل معين ، على أن يسلمه السيارة بعد شهر مثلاً.

كمـــا يجـــيزون بـــيع الديـــن لغير المدين بمنافع ذات معينة يتأخر قبضها ، كما لو كـــان لــــ (محمـــد) علـــى (أحمـــد) دين ، فيبيعه لـــ (إبراهيم) بسكنى دار معينة علـــى أن يـــبدأ انـــتفاعه بهـــذه الدار بعد شهر مثلاً. ينظر : شرح الزرقانى على مختصـــر خلـــيل ، جـــ٥ ، ص ٨٢ الخرشـــى علـــى المختصر ، جـــ٥ ، ص ٧٧ ، الشـــرح الكبـــير للدرديـــر وحاشـــية الدســـوقى علـــيه ، جـــ٣ ، ص ٦٣ ، الشـــرح الصـــغير للدرديـــر، جــــ٣ ، ص ٣٥ وفيه: (... وأما بيعه ... بمعين يـــتأخر قبضــــه ، أو بمـــنافع معيـــن فلا يمنع) ، منح الجليل ، جـــ٢ ، ص ٥٦٤ ، تبييـــن المســـالك شـــرح تدريـــب الســـالك للشيخ محمد الشيبانى ، جـــ٣ ، ص ٥٤٣ طبعة دار الغرب الإسلامى ، بيروت الطبعة الثانية سنة ١٩٩٥م.

فـــإن قـــيل: إن بـــيع الديـــن لغـــير المدين لا يجوز – عند المالكية – إلا إذا كان الثمـــن نقـــداً ، والمعيـــن الـــذى يـــتأخر قبضــــه ، ومـــنافع الذات المعينة ، ليستا كذلـــك ؟

قلـــت : إن المـــراد بالـــنقد – عـــند المالكية – ليس هو خصوص المقبوض فقط ، وإنمـــا المـــراد بـــه – أيضـــاً – ما ليس بمضمون فى الذمة ، ولا شك أن المعين ومـــنافعه ليســـا مضـــمونين فـــى الذمة ، لأن الذمة لا تقبل المعينات ، وعلى ذلك فهمـــا نقـــد بهـــذا المعـــنى . يـــنظر: حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ، ---

والشافعية[1] ، والحنابلة[2] ، والظاهرية[3] ، والإمامية[4] ، ويرون عدم جواز بيع الدين لغير المدين بثمن مؤجل.

٢٣٩ – الـــرأى الثانى : وهو للإمامين ابن تيمية وابن القيم ويريان جواز بيع الدين لغير المدين بثمن مؤجل [5].

=== جـ٣ ، ص ٦٣.

كما أن المالكية فى بيع الدين لغير المدين بثمن مؤجل يجيزون للمشترى أن يؤخر الثمن اليوم واليومين ، ويجعلون ذلك فى حكم التعجيل، وذلك بناء على أصلهم فى أن (ما قارب الشئ يعطى حكمه) ينظر: المنتقى شرح الموطأ للباجى ، جـ٥ ، ص ٧٦ ، التاج والإكليل للمواق ، جـ٤ ، ص ٣٦٨ وفيهما نقلاً عن الموازية: (وإذا بعت الدين من غير من هو عليه ، فإنه يجوز لك أن تؤخره بالثمن اليوم واليومين فقط).

(١) فتح العزيز شرح الوجيز ، جـ٨ ، ص ٤٣٩ ، وفيه : (ولو كان له دين على إنسان ، ولآخر مثله على ذلك الإنسان فباع أحدهما ما له عليه بما لصاحبه لم يصح ، اتفق الجنس او اختلف ، لنهيه ﷺ عن بيع الكالئ بالكالئ) ، وأيضاً : المجموع شرح المهذب ، جـ٩ ، ص ٢٧٥ ، روضة الطالبين ، جـ٣ ، ص ٥١٤ ، مغنى المحتاج ، جـ٢ ، ص ٧١ ، أسنى المطالب ، جـ٢ ، ص ٨٥ ، نهاية المحتاج وحاشية الشبراملسى عليه ، جـ٤ ، ص ٩٢ شرح منهج الطلاب للشيخ زكريا الأنصارى وحاشية الجمل عليه ، جـ٤ ، ص ٥٣٩.

(٢) الشرح الكبير على متن المقنع ، جـ٤ ، ص ٣٧١ ، ٣٧٢ ، وفيه : (وإن باع الدين لغير من هو فى ذمته لم يصح ..) وأيضاً : المبدع فى شرح المقنع ، جـ٤ ، ص ١٩٩ ، شرح منتهى الإرادات، جـ٢ ، ص ٢٢٢ ، كشاف القناع جـ٣ ، ص ٣٠٧.

(٣) المحلى لابن حزم ، جـ٩ ، ص ٦ مسألة رقم ١٥١٠ وفيه : (ولا يحل بيع دين يكون لإنسان على غير . بدين)

(٤) مفتاح الكرامة ، جـ٥ ، ص ٣٨ وما بعدها ، جواهر الكلام ، جـ٢٤ ، ص ٣٤٥.

(٥) نظرية العقد لابن تيمية ص ٢٣٥ ، الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية للبعلى ص ١١٤ وفيه : (ويجوز بيع الدين فى الذمة من الغريم وغيره) وأيضاً : إعلام الموقعين جـ٢ ، ص ٩.

جاء فى الاختيارات الفقهية: " ويجوز بيع الدين فى الذمة من الغريم وغيره " [١].

٢٤٠ – **الأدلــة** :

٢٤١ – **أولاً : أدلـة الـرأى الأول** :

اســتدل أصحاب الرأى الأول على ما ذهبوا إليه من عدم جواز بيع الدين لغير المدين بثمن مؤجل بالسنة ، والإجماع ، والمعقول:

٢٤٢ – ١ – **مــن السـنة** : عن ابن عمر – رضى الله عنهما – أن النبى ﷺ " نهى عن بيع الكالئ بالكالئ "[٢].

وجــه الاســتدلال مــن الحــديــث : إن رسول الله ﷺ قد نهى عن بيع الكالــئ بالكالئ وهو النسيئة بالنسيئة ، أو المؤخر بالمؤخر ،والدين فى هذه المسألة مؤخر ،والثمن مؤخر أيضاً ، فيدخل فى عموم النهى ، فلا يجوز .

مناقشة الاستدلال بهذا الحديث والجواب عنها – إحالة: وقد نوقش الاستدلال بهــذا الحديث بأن فى سنده موسى بن عبيدة الربذى ،وهو ضعيف ، وأجيب عن ذلك بأن هذا الحديث وإن كان ضعيفاً إلا أن الأمة قد تلقته بالقبول، وهذا يــرفعه إلى درجة الاحتجاج به فى الأحكام ، وقد سبق تفصيل ذلك عند بيان حكم بيع الدين للمدين بثمن مؤجل[٣] ، فلا حاجة للتكرار .

٢٤٣ – ٢ – **مــن الإجمــاع** : فقد أجمع أهل العلم على عدم جواز بيع الكالــئ بالكالئ الذى تندرج تحته هذه الصورة، وقد حكى هذا الإجماع غير واحد من العلماء منهم ابن المنذر[٤] ، وابن هبيرة[٥] ، وغيرهم[٦].

---

(١) الاختيارات الفقهية: الموضع نفسه.

(٢) سبق تخريجه ، فقرة ١٨٤ من هذه الرسالة .

(٣) يراجع آنفاً فقرة ١٨٤ من هذه الرسالة.

(٤) الإجماع لابن المنذر ، ص ١١٧.

(٥) الإفصاح ، جـ١ ، ٣٠٢.

(٦) وممــن حكــى الإجمــاع علــى ذلــك أيضاً: ابن رشد الحفيد ، وابن السبكى ،وابن قدامــة ، يــنظر: بدايــة المجــتهد جـ٢ ، ص ١٢٥ ، تكملة المجموع للسبكى ، جـ١٠ ، ص ١٠٧ ، المغنى ، جـ٤ ، ص ١٨٦ مسألة رقم ٢٨٥١.

مناقشة الاستدلال بالإجماع : وقد ناقش أصحاب الرأى الثانى ما استدل به أصحاب الرأى الأول من الإجماع على عدم الجواز بقولهم: إننا نسلم لكم الإجماع على عدم جواز بيع الكالئ بالكالئ ، ولكن لا نسلم لكم دخول الصورة التى معنا فى هذا البيع ، وذلك لأن هذا البيع الذى ورد النهى عنه محصور فى صورة واحدة ، وهى حالة السلم المؤجل من الطرفين ، وهذه الصورة إنما منعت " لئلا تبقى ذمة كل منهما مشغولة بغير فائدة حصلت لا له ، ولا للآخر والمقصود من العقود القبض ، فهو عقد لم يحصل به مقصود أصلاً ، بل هو التزام بلا فائدة "[1].

أما ما عدا هذه الصورة من صور بيع الدين فهى جائزة.

الجواب عن هذه المناقشة : إن قصر شيخ الإسلام ابن تيمية ، وتلميذه ابن القيم معنى الكالئ بالكالئ الذى ورد النهى عنه على صورة السلم المؤجل من الطرفين غير مسلم ، لافتقار هذا القصر إلى دليل يدل عليه ،ولوجود صور أخرى يصدق عليها معناه ، وتدخل فى عمومه ، ومنها هذه المسألة[2] وقد سبق بيان ذلك عند بيان حكم بيع الدين للمدين بثمن مؤجل[3].

244- 3- **من المعقول :** واستدل أصحاب الرأى الأول على عدم جواز بيع الدين لغير المدين بثمن مؤجل من المعقول بأن المبيع فى هذا البيع ليس فى يد البائع ، ولا يملك إقباضه للمشترى ، فكان بيعاً لشئ لا يقدر على تسليمه ، إذ ربما منعه المدين ، أو جحده ،وذلك غرر لا يجوز[4].

---

(1) مجموع فتاوى شيخ الإسلام بان تيمية ، جـ29 ، ص 472 ، نظرية العقد لابن تيمية ص 235 إعلام الموقعين ، جـ2 ،ص9.

(2) ينظر فى استقراء صور بيع الكالئ بالكالئ فى الفقه الإسلامى: أ.د نزيه حماد: دراسات فى أصول المداينات : مرجع سبق ذكره ، ص 244 وما بعدها.

(3) ينظر: آنفاً فقرة 185 ، 191 من هذه الرسالة.

(4) البدائع ، جـ5 ، ص 148 ، شرح منتهى الإرادات ، جـ2 ، ص 222 ، كشاف القناع ، جـ3 ، ص 307. أ.د نزيه حماد: دراسات فى أصول المداينات: مرجع سبق ذكره ، ص 257 ، 258. وينظر لسيادته أيضاً: بيع الدين ، مرجع سبق ذكره ، ص 202.

٢٤٥ - **ثانيا : دليل الرأى الثانى** : وقد استدل أصحاب الرأى الثانى على ما ذهبوا إليه من جواز بيع الدين لغير المدين بثمن مؤجل بما يأتى :

١ - القياس على الحوالة فإن فيها بيع دين بدين على شخص آخر ، والحوالة جائزة ، فكذلك هذا البيع[١].

مناقشة هذا الدليل : ويناقش هذا الدليل: بأن قياس بيع الدين لغير المدين بثمن مؤجل على الحوالة ليثبت له الجواز الثابت لها إنما هو قياس مع الفارق ، ووجه الفرق : أن الحوالة عقد من عقود الإرفاق[٢] ، وهو مشروع للأدلة الكثيرة الدالة على مشروعيته ، بخلاف بيع الدين بالدين فى الصورة التى معنا فهو داخل فى بيع الكالئ بالكالئ الذى ورد النهى عنه،وانعقد الإجماع على تحريمه.

بل حتى على رأى من يقول : إن الحوالة بيع دين بدين ، فلا يصح - أيضاً - أن يقاس عليها بيع الدين فى هذه الصورة ، وذلك لأن الحوالة وإن كانت بيع دين بدين إلا أنها جوزت للحاجة[٣] ، وبالضوابط التى حددها الفقهاء ، والتى منها تماثل الدينين فى الجنس والقدر والصفة والأجل ، ولا كذلك بيع الدين لغير المدين بثمن مؤجل .

جاء فى حاشية الشبراملسى[٤] على نهاية المحتاج : " ... وإلا كأن

---

(١) إعلام الموقعين ، جـ٢ ، ص ٩ ، الشيخ عيسوى أحمد عيسوى: مرجع سبق ذكره ص ١٤٥.

(٢) ينظر فى بيان تكييف عقد الحوالة ما سيأتى لاحقا فقرة ٦٢٧ .

(٣) الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع ، جـ٢ ، ص ٤٦ ، إعانة الطالبين ، جـ٣ ، ص ٧٤ ، ٧٥.

(٤) الشبراملسى: هو الشيخ على بن على الشبراملسى ، أبو الضياء ، نور الدين ، فقيه شافعى من أهل (شبراملس) بمحافظة الغربية ، تعلم وعلم بالأزهر ، وصنف كتباً كثير منها : (حاشية على نهاية المحتاج فى الفقه الشافعى ، وحاشية على المواهب اللدنية للقسطلانى ،وغيرها كثير. توفى - رحمه الله - سنة ١٠٨٧هـ. ينظر: الأعلام ، جـ٤ ، ص ٣١٤.

قال: جعلت مالى على زيد من الدين لك فى مقابله دينك ،واتحد الدينان جنسا ، وقدراً ، وصفة ، وحلولاً ، وأجلاً ، وصحة ، وكسراً ، فينبغى الصحة لأنها حوالة " [1].

٢ - إن بيع الدين لغير المدين بثمن مؤجل يشتمل على غرض صحيح ، ومنفعة مطلوبة للمتعاقدين[2] ، فقد يكون الدائن فى حاجة إلى سلعة من السلع ،ولا يجد ما يشترى به سوى هذا الدين ، وليس هناك من ضرر يحيق بالمدين فى هذه الحالة ، وذلك لأنه مطالب بالوفاء بالدين على كل حال ويستوى فى هذا الوفاء أن يكون للدائن الأصلى، أو لمن يحل محله[3].

مناقشة هذا الدليل : ويمكن مناقشة هذا الدليل من وجهين :

الوجه الأول : إن القول بأن بيع الدين – فى هذه الحالة – فيه غرض صحيح ومنفعة للمتعاقدين قول غير مسلم ، وذلك لأن الدين وثمنه الذى بيع به كل منهما مؤجل ، فلا مشترى الدين قبضه ولا بائعه قبض ثمنه ، فيكون فيه استمرار لشغل الذمم دون فائدة حالة.

الوجه الثانى : سلمنا أن بيع الدين يشتمل على منفعة ،ولكن ليس اشتمال المعاملة على منفعة هو مناط الجواز ، وإنما مناط الجواز هو الموافقة لقواعد الشرع ، وقد ثبت أن هذه المعاملة داخلة فى بيع الكالئ بالكالئ الذى ورد النهى عنه وانعقد الإجماع على منعه.

٢٤٦ – الترجيح :

بعد عرض آراء الفقهاء ، وأدلتهم ، ومناقشة ما استدل به أصحاب الرأى الثانى، يتضح – والله أعلم بالصواب – أن ما ذهب إليه أصحاب الرأى الأول من عدم جواز بيع الدين لغير المدين بثمن مؤجل هو الراجح ، وذلك لقوة أدلتهم ، وسلامتها من المعارضة ، ولصدق بيع الكالئ بالكالئ على هذه الصورة.

---

(١) جـ٤ ، ص ٩٢.

(٢) إعلام الموقعين ، جـ٢ ، ص ٩.

(٣) الشيخ عيسوى أحمد عيسوى: مرجع سبق ذكره ، ص ١٤٥ ، ١٤٦. .

كمـــا أن المدين – فى هذه المعاملة – قد يفلس ، أو يجحد الدين ، أو يهرب به إلى الخارج!! فيصبح غير مقدور على تسليمه ، وبالتالى لا يصح البيع ، علاوة على ما يؤدى إليه ذلك من النزاع والخصام بين طرفيه ، وهى مـــن الأمـــور الـــتى نهى عنها الشارع، قال تعالى: **{ ولا تنازعوا فتفشلوا وتذهب ريحكم ... }** [1].

أمـــا قصـــر شـــيخ الإسلام ابن تيمية ، وتلميذه ابن القيم بيع الكالئ بالكالئ على صورة السلم المؤجل من الطرفين فغير مسلم – كما سبق ذكره – لافتقار هذا القصر إلى دليل يدل عليه ولوجود صور أخرى يصدق عليها معناه تدخل فى عمومه ومنها هذه الصورة [2].

المبحث الثانى

التصـرف فـى الـديـون بـبـيـعها لغـير المدين فى القانون المدنى

٢٤٧ – تمهـيد وتقسـيم :

إذا بحثـــنا عن نظام قانونى فى القانون المدنى يقابل بيع الدين لغير المديـــن فى الفقه الإسلامى ، لوجدنا أن أقرب النظم القانونية إلى هذا النوع مـــن البـــيع هو إما تجديد الالتزام بتغيير الدائن وإما حوالة الحق بعوض ، وسأتناول هذين النظامين بشئ من التفصيل ، كلاً منهما فى مطلب مستقل:

المطلـــب الأول : تجديـــد الالـــتزام بتغيـــير الدائـــن فـــى القانون المدنى.

المطلـــب الـــثانى: حوالـــة الحـــق بعـــوض فـــى القـــانون المدنى .

---

(١) سورة الأنفال من الآية رقم ٤٦ .

(٢) أ.د نزيه حماد: دراسات فى أصول المداينات ، ص ٢٤٥ ، وما بعدها.

المطلب الأول

تجديد الالتزام بتغيير الدائن فى القانون المدنى

٢٤٨ ــ ويشتمل على فرعين :

الفرع الأول : تعريف التجديد بتغيير الدائن وشروطه.

الفرع الثانى : آثار التجديد بتغيير الدائن.

الفرع الأول

تعريف التجديد بتغيير الدائن ، وشروطه

٢٤٩ - ويشتمل على غصنين :

الغصن الأول : تعريف التجديد بتغيير الدائن .

الغصن الثانى : شروط التجديد بتغيير الدائن .

الغصن الأول

تعريف التجديد بتغيير الدائن

٢٥٠ - التجديد بصفة عامة هو اتفاق يقصد به أن يستبدل بالالتزام القديم التزاماً جديداً مغايراً له فى عنصر من عناصره[1].

والتجديد – كما سبق بيانه[2] – ثلاثة أنواع : تجديد بتغيير الدين ، وتجديد بتغيير المدين ، وتجديد بتغيير الدائن .

والذى يعنينا – هنا – هو التجديد بتغيير الدائن ، لأنه هو الذى يتشابه مع بيع الدين لغير المدين ، ويحصل التجديد بتغيير الدائن إذا اتفق على أن الدين الجديد يثبت لدائن آخر غير هذا الذى كان الالتزام القديم مقرراً

---

(١) أ.د محمود جمال الدين زكى: مرجع سبق ذكره فقرة ٢٢٠ ، ص ٢٣٢ ، أ.د جلال العدوى: أصول أحكام الالتزام والإثبات ص ٢٠٧ الناشر : منشأة المعارف بالإسكندرية سنة ١٩٩٦م ، أ.د جلال محمد إبراهيم: النظرية العامة للالتزام: القسم الثانى: أحكام الالتزام فقرة ٢٩٩ ، ص ٥٠٣ طبعة مطبعة الإسراء سنة ٢٠٠٠.

(٢) ينظر آنفاً ، فقرة ٢٠٩ من هذه الرسالة.

لصالحه[1] ، وهذا ما قررته المادة ٣٥٢/ ثالثاً حيث تنص على أنه : " يتجدد الالـــتزام ... ثالثاً: بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن ، والمدين ، وأجنبى على أن يكون هذا الأجنبى هو الدائن الجديد ".

وعلـــى ذلـــك فالتجديد بتغيير الدائن يتطلب اتفاق الأطراف الثلاثة : (المدين – الدائن القديم – الدائن الجديد)[2] على أن ينقضى التزام المدين قبل الدائن القديم ، ليحل محله التزامه قبل الدائن الجديد .

الفصـل الثانـى

شـروط التجـديد بتغيـير الـدائـن

٢٥١ – والـــتجديد بتغيير الدائن – كغيره من أنواع التجديد – وكما سبق أن الذكر [3] عند بيان موقف القانون المدنى من بيع الدين للمدين بثمن مؤجل – يشترط له الشروط الآتية:

١- وجود التزام قديم قائم وصحيح.

٢- الاتفاق على إنشاء التزام جديد وصحيح أيضاً.

٣- نـــية التجديد ، بمعنى أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى إحلال هذا الأجنبى (الدائـــن الجديـــد) محل الدائن القديم ، فإذا لم تتجه إرادة المتعاقدين إلى ذلك ، بأن قصد من الاتفاق مجرد ضم الأجنبى إلى الدائن القديم دون أن

---

(١) أ.د عبد الفتاح عبد الباقى: مرجع سبق ذكره فقرة ٢٣١ ، ص ٢٤٩.

(٢) أ.د جـــلال محمـــد إبراهـــيم: فقـــرة ٣٠٤ ص ٥١٣ ، أ.د محمـــود جمـــال الدين زكـــى فقـــرة ٢٢٤ ، ص ٢٣٥ ، أ.د لبيـــب شـــنب: مـــرجع ســـبق ذكره فقرة ٢٠٢ ، ص ٢٢٧ ، أ.د عـــبد الحـــى حجـــازى: مـــرجع سبق ذكره فقرة ١٨٨ ، ص ١٨٣. هـــذا : وإذا كـــان الـــتجديد بتغيـــير الدائـــن لا يـــتحقق إلا بـــتوافق الإرادات الـــثلاث المذكـــورة ، فهـــو يخـــتلف بذلك عن حوالة الحق ، إذ تتم دون حاجـــة إلـــى رضـــاء المديـــن ، غـــير أنها لا تكون نافذة فى حقه إلا إذا قبلها أو أعلـــن بهـــا. المـــادة (٣٠٥ مدنـــى) وأيضاً: أ.د عبد الحى حجازى: فقرة ١٨٨ ، ص ١٨٣ ، أ.د عـــبد الفـــتاح عـــبد الـــباقى فقرة ٢٣١ ، ص ٢٤٩ ، أ.د جلال محمد إبراهيم: فقرة ٣٠٤ ، ص ٥١٤ ، أ.د جلال العدوى ، ص ٢١٢.

(٣) ينظر آنفاً ، فقرة ٢١١ وما بعدها من هذه الرسالة .

يحــل محلــه فلا نكون بصدد تجديد ، وإنما نكون بصدد ضم دائن إلى آخــر لــيكونا متضامنين كما لا نكون بصدد تجديد إذا لم يتخذ الأجنبى صفة الدائن بموجب هذا الاتفاق وإنما نكون بصدد وكيل بالقبض[١].

٤- الأهلية وسلامة الإرادة من العيوب ، إذ لما كان الاتفاق على التجديد من شأنه قضاء الالتزام القديم. وإنشاء التزام جديد ، فإنه يعد فى جملته من أعمــال التصــرف الدائرة بين النفع والضرر[٢] ، فيحتاج فيه إلى أهلية التصــرف ، ولا تكفــى فيه أهلية الإدارة ، وعلى ذلك إذا عقده قاصر ممــيز وقع قابلاً للإبطال لمصلحة القاصر وحده[٣] ، كما لا يجوز لولى القاصــر الاتفاق على التجديد إلا بإذن المحكمة ، ولا يجوز – أيضاً – للوكيل بالقبض أن يجريه ، لأنه يعد خارج حدود وكالته ،كما أن التجديد الــذى يجريه الدائن المتضامن لا يترتب عليه إنهاء الالتزام القديم ، إلا بالنسبة لهذا الدائن وحده دون بقية الدائنين المتضامنين[٤].

غــير أن التجديد بتغيير الدائن قد يعد بالنسبة للدائن الجديد نافعاً نفعاً محضــاً ، وبالنسبة للدائن القديم ضاراً ضرراً محضاً ، وذلك إذا كان الدائن القديــم لم يحصل على أية فائدة من وراء التجديد[٥] ، وبالتالى يكفى بالنسبة للدائن الجديد أن تتوافر فيه أهلية الإدارة [٦].

كذلك يشترط لصحة الاتفاق على التجديد سلامة الإرادة من العيوب ، فــإذا تعاقد أحدهما تحت تأثير غلط ، أو تدليس ، أو إكراه ، جاز لــه إبطال

---

(١) أ.د جلال العدوى: ص ٢١١ ، أ.د جلال إبراهيم: ص ٥٣٢ هامش٣.

(٢) أ.د ســليمان مــرقس ، فقــرة ٣٨٠ ، ص ٧٧٩ ، أ.د جــلال العــدوى ، ص ٢١٠ ، أ.د لبيــب شــنب ، فقــرة ٢٠٢ ، ص ٢٢٨ ، أ.د مصــطفى الجمال ، فقرة ١٢٢ ، ص ١٩٦.

(٣) أ.د سليمان مرقس: الموضع نفسه.

(٤) أ.د مصــطفى الجمــال: فقــرة ١٢٣ ، ص ١٩٦ ، أ.د جــلال العــدوى ، ص ٢١٠.

(٥) أ.د محمد لبيب شنب ، فقرة ٢٠٢ ، ص ٢٢٨.

(٦) أ.د مصطفى الجمال ، فقرة ١٢٢ ، ص ١٩٦.

التجديـــد [١].

الفرع الثانى
آثار التجديد بتغيير الدائــن

٢٥٢ – يترتـــب على التجديد بتغيير الدائن – كغيره من أنوع التجديد – كما سبق أن ذكرنا انقضاء الالتزام الأصلى بتوابعه ،وإنشاء التزام جديد مكانه ، وهذا ما قررته المادة ١/٣٥٦ حيث تنص على أنه: " يترتب على التجديد أن ينقضى الالتزام الأصلى بتوابعه ، وأن ينشأ مكانه التزام جديد ".

وعلـــى ذلك فيترتب على التجديد بتغيير الدائن انقضاء الالتزام القديم وزوالـــه بكـــل توابعه وملحقاته ، وصفاته ، وما يرد عليه من دفوع ، وما يضمنه من تأمينات[٢].

---

(١) أ.د سـليمان مـرقس: فقـرة ٣٨٠ ، ص ١٩٤ ، أ.د لبيـب شـنب: الموضـع نفسه.

(٢) أ.د عـبد الحـى حجـازى ، فقـرة ١٩٦ ، ص ١٩٤ ، أ.د محمـود جمال الدين زكـى فقـرة ٢٢٦ ، ص ٢٣٦ ، أ.د سـليمان مـرقس: فقرة ٣٨٦ ، ص ٧٨٤ ، أ.د عـبد الفـتاح عـبد الـباقى: فقـرة ٢٣٣ ، ص ٢٥١ ، أ.د محمـد لبيـب شـنب: فقـرة ٢٠٥ ، ص ٢٣١ ، أ.د مصـطفى الجمـال: فقـرة ١٢٦ ، ص ٢٠١ ، أ.د جـلال العـدوى: ص ٢١٢ ، أ.د جـلال محمـد إبراهـيم: فقـرة ٣١٨ ، ص ٥٣٧ ومـا بعدهـا. هـذا: وإذا كـان الـتجديد بتغيير الدائن من شأنه أن يقضـى علـى الالـتزام القديـم بكـل خصائصـه ، وتوابعـه ، ودفوعـه ، وتأميـناته ، وينشـئ الـتزاماً جديـداً مسـتقلا عـن الالتزام الأول ، فإن حوالة الحـق تخـتلف عـنه فـى ذلـك إذ أنهـا تنقل الحق من المحيل إلى المحال بكل خصائصـه وتوابعـه وتأميـناته ؛ إذ يظـل للمحـال لـه تأمينات الحق المحال (كالرهـن والامتـياز) كمـا يكـون مـن حق المدين أن يدفع فى مواجهة المحال لـه (الدائـن الجديـد) بـالدفوع عينها التى كان يحق له أن يدفع بها فى مواجهة المحـيل (الدائـن القديـم) لذلـك فـإن حوالة الحق تفضل بكثير التجديد بتغيير الدائـن ؛ إذ أن هـذا الأخـير يـنطوى علـى خطـورة بالنسـبة للدائـن الجديد وبالنسـبة للمدين ، أمـا بالنسـبة للدائـن الجديد: فلأنه يفقد التأمينات التى ===

غير أنه يجوز أن تنتقل التأمينات من الدين القديم إلى الدين الجديد إذا نص القانون ، أو وجد اتفاق خاص على ذلك[1] ، وهذا ما قررته المادة ٣٥٦ /٢ التى تنص على أنه : " ولا تنتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التى كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأصلى إلا بنص القانون ، أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك ".

مـــع ملاحظـــة أنه فى حالة الاتفاق على انتقال التأمينات فى التجديد بتغيـــير الدائـــن يلـــزم الاتفاق على ذلك بين الدائن القديم ، والدائن الجديد ، والمديـــن[2] وهذا ما قررته المادة ٣٥٧/ج التى تنص على أنه : " وإذا كان الـــتجديد بتغيـــير الدائـــن ، جـــاز للمتعاقدين ثلاثتهم أن يتفقوا على استبقاء التأمينات ".

٢٥٣ – كمـــا يترتـــب علـــى التجديد بتغيير الدائن إنشاء التزام جديد مغاير للالتزام الاول ومستقل عنه فى صفاته ، ودفوعه ، حتى ولو اتفق على انتقال تأمينات الدين الأول إليه[3].

=== كانـــت تكفـــل الحـــق ، وأمـــا بالنســـبة للمديـــن: فلأنه يفقد الدفوع التى كان يســـتطيع الدفـــع بهـــا فـــى مواجهـــة الدائن القديم: ينظر فى بيان الفرق بين حوالة الحـــق والـــتجديد وبـــيان فضـــلها علـــيه: أ.د جلال محمد إبراهيم: فقرة ٣٠٤ ، ص ٥١٤ ، أ.د عـــبد الفـــتاح عـــبد الـــباقى: فقـــرة ٢٣١ ، ص ٢٤٩. ســـليمان مـــرقس: ٣٨٣ ، ص ٧٨٣ وأيضـــاً : أ.د رضـــا مـــتولى وهدان: تجديد الالتزام ، ص ٣٠٠ ، ٣٠١ طـــبعة دار الجامعـــة الجديـــدة للنشـــر ســـنة ١٩٩٩م ، أ.د مصطفى الجمال: فقرة ١٢١ ، ص ١٩٤.

(١) أ.د ســـليمان مـــرقس: فقـــرة ٣٨٦ ، ص ٧٨٥ ، أ.د عـــبد الفـــتاح عـــبد الباقى: فقرة ٢٣٣ ، ص ٢٥٢ ، أ.د محمد لبيب شنب: فقرة ٢٠٥ ، ص ٢٣١.

(٢) أ.د محمـــود جمـــال الديـــن زكـــى: فقرة ٢٢٦ ، ص ٢٣٧ ، أ.د جلال العدوى: ص ٢١٣.

(٣) أ.د ســـليمان مـــرقس: فقـــرة ٣٨٧ ، ص ٧٨٦ ، أ.د عـــبد الفـــتاح عبد الباقى: فقرة ٢٣٣ ، ص ٢٥١ ، ٢٥٢.

المطلب الثانى

حوالة الحق بعوض فى القانون المدنى

٢٥٤ – ويشتمل على ثلاثة فروع:

الفــرع الأول : تعريف حوالة الحق بعوض.

الفــرع الثانى : شروط حوالة الحق بعوض.

الفــرع الثالث : آثار حوالة الحق بعوض.

الفـرع الأول

تعريف حوالة الحق بعوض

٢٥٥ – حوالة الحق – بصفة عامة – هى عقد أو اتفاق[1] ينقل الدائن بمقتضاه حقاً له قبل المدين إلى شخص من الغير يصبح دائناً مكانه[2].

وعلى ذلك فإننا فى حوالة الحق نكون بصدد تغير يلحق رابطة الالتزام من حيث شخص الدائن ، حيث يحل دائن جديد محل دائن قديم[3].

---

(١) وذلك عند من يرى أنه لا فرق بين العقد والاتفاق ،أما من يفرق بين العقد والاتفاق فإنه يعبر بالاتفاق فقط. ينظر فى اعتبار حوالة الحق اتفاقاً لا عقداً: أ.د عبد الحى حجازى النظرية العامة للالتزام: الجزء الثانى أحكام الالتزام – الأوصاف والانتقال والانقضاء – فقرة ١٤٥ ، ص ١٠١ طبعة مطابع دار الكتاب العربى بمصر ، بدون تاريخ.

(٢) ينظر فى هذا المعنى: أ.د إسماعيل غانم: فى النظرية العامة للالتزام – الجزء الثانى: أحكام الالتزام الإثبات: فقرة ١٨٩ ، ص ٣٥٦ ، الناشر مكتبة سيد عبد الله وهبة ، سنة ١٩٦٧م. أ.د عبد المنعم البدراوى: النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى – الجزء الثانى: أحكام الالتزام فقرة ٣٧٧ ، ص ٢٩٣ الناشر: مكتبة سيد عبد الله وهبة، سنة ١٩٧٥ ، أ.د توفيق حسن فرج: النظرية العامة للالتزام. الجزء الثانى: أحكام الالتزام ، ص ١٤٨ ، سنة ١٩٨٥م ، بدون ناشر. أ.د حسام الأهوانى: النظرية العامة للالتزام: الجزء الثانى: أحكام الالتزام ، ص ٣١١ ، سنة ١٩٩٦م.

(٣) أ.د جلال محمد إبراهيم: مرجع سبق ذكره: فقرة ٢٦٩ ،ص ٤٤٣.

وســـمى الدائن الأصلى محيلاً ، لأنه يحيل الأجنبى بالحق الذى لـــه على المدين ، ويسمى الدائن الجديد (الأجنبى) محالاً له ، لأن الدائن قد أحال الحـــق لـــه ، ويسمى المدين محالاً عليه ، لأن الدائن الأصلى قد أحال عليه الدائـــن الجديـــد ،وأخيراً يسمى الحق محل الحوالة محالاً به[1] ، لأن الدائن الأصلى قد أحال به المدين الجديد .

وحوالـــة الحـــق تكـــون فـــى الغالب[2] فى مقابل ثمن يلتزم المحال لـــه بدفعـــه للمحـــيل ، وهـــنا نكون بصدد بيع للحق من صاحبه الأصلى وهـــو المحـــيل ، إلـــى مشـــتريـــه وهـــو المحـــال لـــــه ، وتطبـــق

---

(1) أ.دعـــبد الـــرزاق الســـنهورى: مـــرجع ســـبق ذكـــره فقرة ٢٤٥ ، ص ٤٤٢ ، أ.د حســـام الأهوانـــى: مـــرجع ســـبق ذكـــره، ص ٣١١ ، أ.د محمـــود جمال الدين زكـــى: مـــرجع ســـبق ذكـــره: فقـــرة ١٥٤ ، ص ١٧٤ ، أ.د جـــلال محمـــد إبراهيم: مرجع سبق ذكره ، فقرة ٢٧٠، ص ٤٤٥.

(2) علـــى أن حوالـــة الحـــق لا يقتصـــر غرضها على بيع الدائن حقه لأجنبى ،وإنما قد يقصـــد بهـــا – أيضـــاً – أن يهـــبه إيـــاه ، أو يرهنه عنده ، أو يوفى به ديناً عليه لهـــذا الدائـــن الجديـــد ، فـــتكون الحوالة وفاء بمقابل لهذا الدين ، والعبرة بالإرادة الحقيقـــية للمحـــيل والمحـــال لـــــه ، والـــتعرف علـــى هـــذه الإرادة مسألة واقع تقدرهـــا محكمـــة الموضـــوع ولا معقـــب علـــيها مـــن محكمـــة الـــنقض. ينظر: أ.د الســـنهورى : فقـــرة ٢٤٦ ، ص ٤٤٣ ، وأيضـــاً: أ.د ســـليمان مـــرقس: فقـــرة ٢٩٧ ، ص ٦٢٣ ، أ.د عـــبد الفـــتاح عـــبد الباقى: فقرة ١٧٤ ، ص ١٩٩ ، ٢٠٠.

وأيـــاً كـــان الغـــرض مـــن حوالـــة الحـــق ، فهـــناك قواعد عامة تنطبق على كل حوالـــة ، بـــيعاً كانـــت أو هـــبة ، أو رهناً ، أو وفاء بمقابل ، أو غير ذلك ، وذلك كاتفـــاق المحـــيل مـــع المحـــال لـــــه علـــى الحوالة ، وكيف تصير نافذة فى حق المحال له وفى حق الغير.

ثـــم يـــنفرد بعـــد ذلـــك كـــل عقـــد.بـــالقواعد الخاصـــة به ، فالبيع يقتضى الثمن والضـــمان ، والهـــبة تقتضـــى نـــية التبرع ،والوفاء بمقابل يقتضى وجود دين فى ذمـــة المحـــيل للمحـــال لـــــه يوفيه بالحوالة ، والرهن يقتضى ــ أيضاً ــ وجود ديـــن فـــى ذمـــة المحـــيل للمحال لـــه يرهن فيه المحيل حقه عن طريق الحوالة. يـــنظر: أ.د الســـنهورى: المـــرجع الســـابق ، ص ٤٤٣ هـــامش ١ ، أ.د عـــبد الفتاح عبد الباقى: المرجع السابق: فقرة ١٧٤، ص ١٩٩.

ـ والحالة هذه ـ أحكام البيع فى الحدود التى لا تتنافى مع القواعد الخاصة التى تنظم الحوالة .

وعلـــى ضوء ذلك يمكن تعريف حوالة الحق بعوض بأنها " عقد أو اتفـــاق يـــنقل الدائن بمقتضاه حقاً له قبل المدين إلى شخص من الغير يصبح دائناً مكانه ، على أن يدفع هذا الأخير مقابلاً لذلك .

وحوالـــة الحق بعوض كثيرة الوقوع فى الحياة العملية نظراً للفوائد التى تحققها لكل من المحيل ، والمحال له :

* فقد يجد الدائن لنفسه نفعاً كبيراً فى بيع حقه الشخصى عن طريق حوالته ، ويتوافر له هذا النفع على وجه الخصوص إذا كان حقه مقترناً بأجل لمـــا يحـــل بعد فى حين أنه فى حاجة فورية إلى المال ، فيلجأ إلى بيعه فى مقابل ثمن يدفعه المحال له ، وكذلك فى الحالة التى يرى فيها المحيل أن ثمة صـــعوبات تكتـــنف اقتضاءه حقه ، كما لو تعذرت عليه مطالبة المدين ، أو تعـــذر عليه التنفيذ على أمواله ، ففى هذه الحالة قد يرى الدائن أن من الفائدة أن يبيع حقه إلى شخص آخر ،قانعاً بالثمن الذى يستوفيه منه[1].

* كما أن حوالة الحق بعوض قد تحقق بعض الفوائد بالنسبة للمحال له إذ إن هذا الأخير إنما يشترى الحق – فى الأعم الأغلب – فى مقابل ثمن يقل عـــن قيمـــته الحقيقية، طمعاً فى الحصول على الكسب ،ويقل هذا الثمن كلما زادت الصعوبات العملية التى تواجه المحال له فى الحصول على حقه .

وعلـــى ذلك فالمحال له فى هذه الحالة يكون مدفوعاً فى شراء الدين بفكرة المضاربة ، إذ يستهدف بعض المخاطر سعياً وراء الربح والكسب[2].

---

(١) أ.د السـنهورى: فقـرة ٢٤٦ ، ص ٤٤٤ ، أ.د إسـماعيل غـانم: فقرة ١٨٩ ، ص ٣٥٦. أ.د توفـيق حسـن فـرج: ص ١٤٨ ، عـبد الفتاح عبد الباقى: فقرة: ١٧٤ ، ص ١٩٩. أ.د جـلال محمـد إبراهـيم: فقـرة ٢٦٩ ، ص ٤٤٢ ، أ.د مصطفى الجمال: فقرة ٩٤ ، ص ١٤٨.

(٢) المراجع السابقة المواضع نفسها.

الفرع الثانى

شروط حوالة الحق بعوض

٢٥٦ – تنقسم شروط حوالة الحق بعوض إلى قسمين: الأول: شروط انعقاد والثاني: شروط نفاذ ، وسأتناول كل قسم من هذين القسمين فى غصن مستقل على النحو التالى:

الغصن الأول : شـــروط انعقاد حوالة الحق بعوض.

الغصن الثانى : شـــروط نفاذ حوالة الحق بعوض.

الغصن الأول

شروط انعقاد حوالة الحق بعوض

٢٥٧ – حوالة الحق – كما سبق القول – هى عقد ، أو اتفاق ،ومن ثم يلزم لانعقادهـــا توافـــر أركان العقد عموماً ، وهى الرضا ، والمحل ، والسبب ، سألقى بعض الضوء على كل ركن من هذه الأركان ، وذلك فيما يأتى :

٢٥٨ – أولاً : الرضا بحوالـة الحق بعوض :

لا بد لانعقاد الحوالة من تراضى كل من المحيل والمحال لـــه (أى الدائن الأصلى ، والدائن الجديد) ، أما المدين فليس طرفاً فى الحوالة ،ومن ثم فلا حاجة لرضائه[1] ، (المادة ٣٠٣ مدنى) .

---

(١) أ.د السنهورى فقرة ٢٦٠ ، ص ٤٦٦ ، أ.د محمود جمال الدين زكى فقرة ١٥٦ ، ص ١٧٦. أ.د سليمان مرقس: فقرة ٢٩٨ ص ٦٢٤ ، أ.د عبد الفتاح عبد الباقى: فقرة ١٧٧ ، ص ٢٠١ ، أ.د محمد لبيب شنب فقرة ١٨٧ ، ص ٢١٢ ،أ.د جلال العدوى: ص ١٧٧. أ.د مصطفى الجمال: فقرة ٩٣ ، ص ١٤٦.

هـذا وقد كان التقنين الأهلى الملغى يشترط فى انعقاد الحوالة – علاوة على رضا المحيل ، والمحال لـه – رضا المدين أيضاً ، وضرورة ثبوت هذا الرضا بالكتابة ، وذلك فى المادة ٣٤٩ منه.ينظر : أ.د أحمد فتحى زغلول: شرح القانون المدنى (القديم) ، ص ٢٥٨ طبعة المطبعة الأميرية بمصر سنة ١٩١٣ ، أ.د سليمان مرقس: المرجع السابق فقرة ٢٩٨ ، ص ٦٢٥ ، أ.د محمود جمال الدين زكى: الموضع نفسه ، أما القانون المدنى ===

ولعـل السبب فى عدم الحاجة إلى رضا المدين ، هو أن انتقال الحق من دائن إلى دائن آخر ليس من شأنه الإضرار بالمدين إضراراً يحتم رضاءه لانعقاد الحوالة ، لأنه فى أكثر الأحوال يستوى لدى المدين أن يطالبه شخص أو آخر بالدين الذى فى ذمته[1].

كمـا يجـب أن يصـدر الرضـا بالحوالة من شخص يتمتع بأهلية إجرائهـا ، ولما كانت حوالة الحق بعوض بيعاً [2] ، وجب أن يكون كل من

=== الحـالى فقـد نـص صـراحة على عدم الحاجة فى انعقاد الحوالة إلى رضا المديـن ،وذلـك فـى المـادة ٣٠٣ مدنـى والـتى تـنص على أنه: (... وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين).

(غـير أن هـذا الـنص الجديـد لا يسرى إلا على الحقوق التى نشأت بعد العمل بالتقنيـن المدنـى الحـالى أى: بعـد ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩م ، أما الحقوق التى نشـأت قـبل ذلـك فـيحكمها نص التقنين المدنى القديم ،ولا تتم حوالتها أصلاً إلا برضا المدين) ينظر: أ.د سليمان مرقس: فقرة ٢٩٨ ، ص ٦٢٥ ، ٦٢٦.

(١) أ.د السـنهورى: فقـرة ٢٦٠ ، ص ٤٦٧ ، أ.د حسام الأهوانى ، ص ٣١٩ ، أ.د جلال محمد إبراهيم: فقرة ٢٧٠ ، ص ٤٤٥.

وقـد قضـت محكمـة الـنقض بأنه: (تقضى المادة ٣٠٣ من القانون المدنى بأن الحوالـة تـتم دون حاجـة إلـى رضـاء المديـن ،ممـا مفاده وعلى ما ورد فى مذكـرة المشـروع التمهـيدى أن المشـرع اخـتار المـبدأ الـذى سـارت عليه التشـريعات الجديـدة الـتى تجـيز أن يظـل المدين بالحق المحال به بمعزل عن تعـاقد المحـيل والمحـال لـــه ، مراعية فى ذلك أن المدين يستوى لديه استبدال دائـن بآخـر ، وبالـتالى فـإن الحـق المحال به ينتقل بمجرد انعقاد الحوالة دون حاجـة إلـى نفاذهـا فـى حـق المديـن المحـال علـيه) يـنظر: نقض مدنى ١٩٧٧/٣/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ رقم ١٢٣ ، ص ٧٣٢.

(٢) ولقـد ورد الـنص علـى حوالـة الحـق فى التقنين المدنى القديم فى باب البيع ، وقـد خصـص لهـا الفصـل السـابع منه ، وقد كان هذا عيباً فنياً فيه ، لأنه إذا كـان الغالـب فـى هـذه الحوالـة أن تتم فى مقابل مبلغ من المال يؤدى بوصفه ثمـناً ، وأن تـتوافر فـيه مقومـات البـيع مـن هذا الوجه ، إلا أنها تنعقد أحياناً للاعتـياض ، فـتكون وفـاء بمقـابل ، وقـد ينتفى فيها المقابل فتكون هبة ، وقد يقـع أن يقصـد مـنها إلـى مجـرد إنشـاء تأمين خاص ،وفى هذه الحالة تنشئ للمحـال رهـناً ،ولا يترتـب علـيها نقـل الملك فى الحق المحال به ، لذلك فإن القـانون المدنـى الحـالى قـد انـتزع حوالة الحق من باب البيع ، ووضعها ==

المحيل ، والمحال له حائزاً أهلية التصرفات الدائرة بين النفع والضرر[١].

كما يجب لصحة هذه الحوالة أن يكون هذا الرضا خالياً من العيوب ، وهى الغلط والتدليس ، والإكراه والاستغلال[٢].

وحوالة الحق بعوض عقد رضائى ينعقد بمجرد توافق إرادتى المحيل والمحال له ، دون الحاجة إلى صب هذا الاتفاق فى شكل معين[٣] فيصح أن تبرم باللفظ ، أو بالكتابة ، أو باتخاذ أى طريق آخر يدل على توافق الرضا عليها [٤].

=فى نطاق نظرية الالتزام ، فى مكان مستقل هو الفصل الأول من الباب الرابع من الكتاب الأول المتعلق بالالتزامات بوجه عام. نظر: أ.د عبد الحى حجازى: المرجع السابق فقرة ١٤٤ ، ص ١٠٠. أ.د محمود جمال الدين زكى: فقرة ١٥٣ ، ص ١٧٣ ، أ.د أحمد فتحى زغلول: المرجع السابق ، ص ٢٥٨. وأيضاً: مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ٣ ، ص ١٠٩ ، ١١٠.

(١) أ.د سليمان مرقس: فقرة ٢٩٨ ، ص ٦٢٤.

(٢) أ.د عبد الفتاح عبد الباقى: فقرة ١٧٧ ، ص ٢٠١ ، أ.د محمد لبيب شنب: فقرة ١٨٧ ، ص ٢١٣.

(٣) أ.د السنهورى: فقرة ٢٦١ ، ص ٤٦٧ ، أ.د عبد الفتاح عبد الباقى: الموضع نفسه. أ.د سليمان مرقس: فقرة ٢٩٨ ، ص ٦٢٥ ، أ.د حسام الأهوانى: ص ٣١٩.

وقد قضت محكمة النقض بأن : (مؤدى ما نصت عليه المادة ٣٠٣ مدنى أن حوالة الحق تتم بمجرد تراضى المحيل ، والمحال له ، دون حاجة إلى شكل خاص ، إلا إذا حال دون ذلك نص القانون ، أو اتفاق المتعاقدين ، أو طبيعة الالتزام) ينظر: نقض مدنى فى ١٩٨٤/٥/٢٩ ، مجموعة أحكام النقض السنة ٣٥ رقم ٢٨٦ ، ص ١٤٩٥.

وقد سبق الذكر أن حوالة الحق يمكن أن تتم مجاناً وبالتالى تكون الحوالة هبة يلزم إفراغها فى ورقة رسمية طالما كانت هذه الهبة سافرة ، أى غير مستترة بعقد من عقود المعارضات من بيع أو نحوه. ينظر: أ.د عبد الفتاح عبد الباقى: الموضع نفسه. أ.د سليمان مرقس: الموضع نفسه ، أ.د محمد لبيب شنب: فقرة ١٨٧ ، ص ٢١٢.

(٤) أ.د عبد الفتاح عبد الباقى: الموضع نفسه.

ويتعين مراعاة القواعد العامة فى إثبات الحوالة ،ومن يتمسك بها يجب أن يقدم ما يفيد وقوعها ، ويثبت ذلك طبقا للقواعد العامة [١].

٢٥٩ – ثانياً : محل حوالة الحق بعوض .

محل الحوالة هو الحق الشخصى[٢] الذى كان ثابتاً للمحيل ،والذى ينتقل بمقتضى الحوالة للمحال له ، أو هو الحق المحال به[٣].

والأصل أن جميع الحقوق الشخصية تصلح لأن تكون محلاً للحوالة ، وعلى ذلك :

فيجوز أن يكون محل الحق عملاً ، أو امتناعاً عن عمل ،وذلك كحق المستأجر فى تمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة ، فإنه يجوز له أن ينزل عن هذا الحق إلى شخص آخر[٤] ، وكحق مشترى المتجر فى عدم منافسة البائع إياه ، ففى حالة بيع المتجر تتم حوالة الحق فى عدم المنافسة إلى المشترى الجديد للمتجر[٥].

---

(١) المرجع السابق: الموضع نفسه ، أ.د سليمان مرقس: الموضع نفسه.

(٢) أما الحق العينى فلا يكون محلاً للحوالة ، وذلك لأن انتقال هذا الحق من صاحبه إلى الغير إنما يكون طبقاً لاجراءات الشهر والتسجيل إذا كانت عقارية ، ولا يكون عن طريق حوالة الحق التى تقتصر على الحقوق الشخصية. ينظر: أ.د السنهورى: ص ٤٥٠ هامش ٢. أ.د حسام الأهوانى: ص ٣١٣ ، أ.د سليمان مرقس: ص ٦٢٦ هامش ٢١.

(٣) أ.د عبد الفتاح عبد الباقى: فقرة ١٧٨ ، ص ٢٠١.

(٤) أ.د السنهورى: فقرة ٢٥٠ ، ص ٤٥٠ ، ٤٥١ ، أ.د عبد الحى حجازى: فقرة ١٤٩ ، ص ١٠٣ ، أ.د حسام الأهوانى: ص ٣١٥ ، ٣١٦ ، أ.د سليمان مرقس: فقرة ٢٩٨ ، ص ٦٢٨. وقد قضت محكمة النقض: (أن التنازل عن الإيجار المنصوص عليه فى المادة ٥٩٣ من القانون المدنى حوالة حق بالنسبة لحقوق المستأجر ... وتنتقل بمقتضاه إلى المتنازل إليه عن الإيجار بحوالة الحق حقوق المستأجر الأصلى قبل المؤجر ...) ينظر: مجموعة أحكام النقض فى ١٩٧٩/٦/٦. السنة ٣٠ ، العدد ٢ ، رقم ٢٩١ ، ص ٥٦٤.

(٥) أ.د السنهورى: المرجع السابق الموضع نفسه ، أ.د سليمان مرقس: الموضع نفسه.

ويجوز أيضاً أن يكون محل الحق عيناً معينة بالذات بشرط أن يكون الحق شخصياً لا عينياً [1]، وقد يكون محل الحوالة هو الحق المالى للمؤلف [2].

كما يجوز أن يكون الحق محل الحوالة مدنياً ، أو تجارياً[3] ، أو أن يكون منجزاً، أو معلقاً على شرط ، أو مضافاً إلى أجل ، أو أن يكون موجوداً أو مستقبلاً[4] ، أو أن يكون مقدر القيمة أو غير مقدرها ، أو أن

---

(١) أ.د السنهورى: الموضع نفسه ، أ.د حسام الأهوانى: ص ٣١٦ ، أ.د سليمان مرقس: الموضع نفسه ، وقد قضت محكمة النقض بأن (عقد البيع غير المسجل يرتب حقوقاً ، والتزامات شخصية بين البائع والمشترى ، فيجوز للمشترى أن يحيل لآخر ماله من حقوق شخصية قبل البائع) نقض مدنى فى ١٩٦٨/٢/٢٢م. مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ رقم ٥٤ ، ص ٣٥٧ ، وأيضاً: نقض مدنى فى ١٩٨٠/٢/٢٧ وقد جاء فيه: (أن لمشترى العقار بعقد غير مسجل مطالبة المستأجر بالحقوق الناشئة عن عقد الإيجار إذا ما قام البائع بتحويل عقد الإيجار إليه ، وقبل المستأجر هذه الحوالة ،أو أعلن بها) ينظر: مجموعة أحكام النقض السنة ٣١ رقم ١٢٣ ، ص ٦٢٩.

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن: (حق استغلال المصنف مالياً هو للمؤلف وحده ... وللمؤلف وحده أن ينقل إلى الغير الحق فى مباشرة حقوق الاستغلال المقررة له ، كلها أو بعضها) ، نقض مدنى فى ١٩٦٤/٧/٧ ينظر: مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ رقم ١٤١ ، ص ٩٢٢.

(٣) أ.د السنهورى: فقرة ٢٥٠ ، ص ٤٥١ ، أ.د سليمان مرقس : فقرة ٢٩٨ ، ص ٦٢٨.

(٤) أ.د السنهورى: الموضع السابق ، وأيضاً: فقرة ٢٥١ ، ص ٤٥٢ ، أ.د حسام الأهوانى: ص ٣١٤ ، أ.د سليمان مرقس: الموضع نفسه. وقد قضت محكمة النقض بأن: (الأصل طبقاً لما تقضى به المادة ٣٠٣ من القانون المدنى أن الحق الشخصى أياً كان محله قابل للحوالة يستوى فى ذلك أن يكون الحق منجزاً ، أو معلقاً على شرط ، أو مقترناً بأجل ، أو أن يكون حقاً مستقبلاً) نقض مدنى فى ١٩٧٧/٣/٢٢ – مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ رقم ١٣٣ ، ص ٧٣٢.

والفرق بين الحق المستقبل ،والحق المعلق على شرط ، هو أن الحق ===

يكون خالياً من النزاع ، أو غير خال منه[1] ، أو أن يكون ثابتاً بورقة رسمية أو بورقة عرفية ، أو ثابتاً بغير الكتابة [2] .

وإذا كان الأصل أن جميع الحقوق الشخصية تصلح لأن تكون محلاً للحوالة إلا أنه يستثنى من ذلك ما يأتى :

١ – إذا نـص القانون على عدم جواز الحوالة ، فإذا وجد نص فى القانون يمـنع الحوالـة ، فلا تجوز ، ويقع الاتفاق عليها باطلاً لعدم مشروعية محلـه[3]. من ذلك ما نص عليه القانون من أنه لا تجوز حوالة الحقوق غـير القابلـة للحجز عليها. المادة (٣٠٤ مدنى) ، فحيثما يمتنع الحجز تمتنع الحوالة[4] ، وعلى ذلك : فلا يجوز الحجز على مرتبات الموظفين والمسـتخدمين إلا بقـدر الربع فى دين النفقة ، أو دين مستحق للحكومة

=== الشـرطى لـه وجـود قـانونى فـى الحال ،وإن كان هذا الوجود غير بات وغـير كـامل ، فـإذا تحقـق الشـرط أصبح الوجود باتاً وكاملاً بأثر رجعى من وقـت نشـوء الحـق ، أمـا الحـق المسـتقبل ، أو الحـق الاحـتمالى ، فليس لـه وجـود قـانونى فـى الحال ، وإنما هو حق يحتمل وجوده فى المستقبل ، وإذا وجـد فلـيس لوجـوده أثـر رجعـى ، بـل يوجـد من وقت تحقق الواقعة التى أنشأته.

والحـق المعلـق علـى شـرط يعـد الشـرط فيه أمراً عارضاً ، فهو يدخل على الحـق بعـد تمامـه وبعـد أن تـتكامل عناصره ، أما الحق المستقبل فإن الواقعة الـتى تحقـق وجـوده هـى عنصـر جوهرى فيه ،وليس أمراً عارضاً كالشرط ، ويترتـب علـى هـذا الفـرق أن الحوالـة فـى الحق المستقبل لا تنقل ملكية هذا الحـق إلـى المحـال لـه مـن وقت الاتفاق عليها ،وإنما من وقت وجود الحق المحـال بـه ، ودون أثـر رجعـى. يـنظر: أ.د السـنهورى فقرة ٢٥١ ، ص ٤٥٢ ، أ.د سليمان مرقس: ص ٦٢٨ ، هامش ٢٧.

(١) أ.د سـليمان مـرقس: فقـرة ٢٩٨ ، ص ٦٢٩ ، أ.د محمـود جمال الدين زكى: فقـرة ١٥٥ ، ص ١٧٥ (ويعتـبر الحـق متـنازعاً فـيه إذا كـان موضوعه قد رفعت به دعوى ، أو قام فى شأنه نزاع جدى) المادة ٢/٤٦٩.

(٢) أ.د السـنهورى: فقـرة ٢٥٠ ، ص ٤٥١ ، أ.د سـليمان مـرقس: فقرة ٢٩٨ ، ص ٦٢٩.

(٣) أ.د عبد الفتاح عبد الباقى: فقرة ١٧٨ ، ص ٢٠٢ .

(٤) أ.د جلال محمد إبراهيم: فقرة ٢٧١ ، ص ٤٤٧ .

بسبب الوظيفة ، وبالتالى لا تجوز حوالة المرتبات والأجور إلا فى حدود الربع فقط ، لأنه القدر الجائز الحجز عليه منها [1] .

كذلك فالحق في التعويض عن الضرر الأدبى لا تجوز حوالته ،إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق ، أو طالب به الدائن أمام القضاء[2] (المادة ٢٢٢ مدنى) .

٢ – إذا نص الاتفاق على عدم جواز حوالة الحق: فقد يتفق الدائن والمدين على أنه لا يجوز للدائن حوالة الحق الذى فى ذمة المدين ، أو على أن الحوالة لا تجوز إلا برضا المدين ، ولما كانت قابلية الحق للحوالة ليست من النظام العام ، فإن هذا الاتفاق يعد جائزاً ، وذلك كاشتراط المؤجر على المستأجر عدم جواز النزول عن الإيجار للغير[3] .

٣ – إذا اقتضت طبيعة الالتزام عدم حوالته ،ويتحقق ذلك إذا كانت شخصية الدائن محل اعتبار خاص عند نشوء الالتزام ، بحيث لم يقبل المدين أن يلتزم إلا فى مواجهة شخص معين بالذات[4] ، وعلى ذلك إذا التزم شخص بالوفاء بمرتب إلى شخص آخر لصلة قرابة تربطهما أو لصداقة بين أسرتيهما ، فلا

---

(١) أ.د سليمان مرقس: فقرة ٢٩٨ ، ص ٦٢٧ ، أ.د جلال محمد إبراهيم: الموضع نفسه .

(٢) أ.د محمد لبيب شنب: فقرة ١٨٦ ، ص ٢١١ ، أ.د عبد الفتاح عبد الباقى: الموضع نفسه .

(٣) أ.د السنهورى: فقرة ٢٥٨ ، ص ٤٦١. أ.د عبد الحى حجازى: فقرة ١٥٢ ، ص ١٠٤ ، ١٠٥. أ.د سليمان مرقس: الموضع نفسه ، أ.د حسام الأهوانى: ص ١١٨ ، أ.د توفيق حسن فرج: ص ١٥٠. أ.د إسماعيل غانم: فقرة ١٩٠ ، ص ٣٥٨ ، أ.د عبد المنعم البدراوى: فقرة ٢٧٩ ، ص ٢٩٥. أ.د عبد الفتاح عبد الباقى: الموضع نفسه ، أ.د جلال على العدوى: ص ١٧٨ .

(٤) أ.د سليمان مرقس: فقرة ٢٩٨ ، ص ٦٢٦ ، ٦٢٧ ، أ.د عبد الفتاح عبد الباقى: فقرة ١٧٨ ، ص ٢٠٢ ، أ.د محمد لبيب شنب: فقرة ١٨٦ ، ص ٢١٢ ، أ.د جلال العدوى: ص ١٧٨ أ.د مصطفى الجمال: فقرة ٩٣ ، ص ١٤٨.

يجــور للدائن أن يحول حقه فى المرتب إلى غيره ، لأن شخصية هذا الدائن كانت محل اعتبار عند نشوء الالتزام [1] .

٢٦٠ – **ثـالثـاً** : **سبـب حـوالة الحـق بعـوض** :

الركن الثالث والأخير لانعقاد حوالة الحق بعوض هو السبب ، فيجب أن يكون المقابل الذى يدفعه المحال لـــه ، معيناً ، وممكناً ومشروعاً ، ويعد هذا تطبيقاً للقواعد العامة [2] .

الفـصـل الـثانى
شـروط نفـاذ حـوالة الحـق بعـوض

٢٦١ – بينــت فــيما سبق أن حوالة الحق تنعقد بمجرد التراضى عليها بين طرفيها – المحيل والمحال لـــه – ما دامت واردة على حق تجوز حوالته ، ومستندة إلى سبب مشروع ، غير أن انعقادها بين طرفيها على هذا النحو لا يكفى لجعلها نافذة فى مواجهة المدين والغير ، وإنما لا بد لكى تكون نافذة فى مواجهـــة هـــؤلاء من توافر شروط تضمنتها المادة ٣٠٥ من القانون المدنى التى تنص على أنه: " لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين ، أو قبل الغير ، إلا إذا قـــبلها المدين أو أعلن بها. على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ ".

ويتضح من هذه المادة أنها فرقت فى نفاذ الحوالة بين نفاذها فى حق المدين ونفاذها فى حق الغير ،وذلك على النحو التالى :

٢٦٢ – **أولاً** : **نفـاذ حـوالة الحـق بعـوض قبـل المـديـن** :

يشترط لنفاذ حوالة الحق قبل المدين ، بحيث يمكن الاحتجاج بها فى مواجهـــته توافـــر أحد أمرين نصت عليهما المادة ٣٠٥ سالفة الذكر ، هذان الأمـــران همـــا: قبول المدين ، أو إعلانه بالحوالة . وسأتناول كلاً من هذين

---

(١) أ.د محمد لبيب شنب: الموضع نفسه.

(٢) أ.د سـليمان مـرقس: فقـرة ٢٩٨ ، ص ٦٣٠ ، أ.د عـبد الفـتاح عبد الباقى: فقرة ١٧٩ ، ص ٢٠٢.

الأمرين بشيء من التفصيل :

٢٦٣ - ١ - قبول المدين الحوالة :

المقصود بقبول المدين - كشرط لنفاذ الحوالة في مواجهته - هو إقرار المدين بعلمه بحصول الحوالة [١] ، وأن الدائن الأصلي لم يعد هو الدائن ، وإنما الدائن هو المحال له[٢].

وهذا القبول لا يجعل المدين طرفاً في الحوالة ، بحيث تصبح اتفاقاً ثلاثياً ، بل تظل الحوالة رغم هذا القبول اتفاقاً ثنائياً طرفاه المحيل والمحال له ، ويظل المدين أجنبياً عن عقد الحوالة[٣].

وهذا القبول قد يكون معاصراً لانعقاد الحوالة ، أو تالياً له ، ولكن لا يجوز أن يكون سابقاً عليه ، حتى ولو صرح المدين في سند الدين أنه يقبل مقدماً حوالة الحق للغير ، لأن المقصود هو علم المدين بتمام الحوالة ، ولن يتأتى هذا العلم إلا بالقبول اللاحق[٤].

---

(١) أ.د عبد الفتاح عبد الباقي: فقرة ١٨٠ ، ص ٢٠٣ ، أ.د جلال إبراهيم: ص ٤٥٢ هامش ١.

(٢) أ.د عبد الحي حجازي: فقرة ١٥٦ ، ص ١٠٦.

(٣) المرجع السابق: الموضع نفسه ، أ.د جلال العدوي: ص ١٧٩ ، أ.د جلال محمد إبراهيم: فقرة ٢٧٣ ، ص ٤٥٣.

(٤) أ.د سليمان مرقس: فقرة ٢٩٩ ، ص ٦٣١ ، أ.د جلال العدوي: الموضع نفسه ، أ.د جلال إبراهيم: فقرة ٢٧٣ ، ص ٤٥٢ ، ٤٥٣ ، أ.د مصطفى الجمال : فقرة ٩٨ ، ص ١٥٦.

وقد قضت محكمة النقض بأن: (مؤدى نص المادة ٣٠٥ من القانون المدني على ألا تكون حوالة الحق المدني نافذة قبل المدين إلا إذا قبلها ، أو أعلن بها. أن القبول الذي يعتد به في هذا الخصوص هو ذلك الذي يصدر من المدين وقت الحوالة أو بعدها ، بحيث ينم عن علمه بها ، فيكف عن سداد الدين إلى الدائن الأصلي ولا يعامل بشأنه إلا الدائن الجديد ، أما إذا تضمنت عبارة السند تخويلاً للدائن بتحويل الحق موضوع السند لمن يشاء ، بغير توقف على رضا المدين ، فإن ذلك لا يعد قبولاً بالمعنى الذي قصده المشرع بالمادة ٣٠٥ من القانون المدني ، إذ إن إطلاق عبارة السند على هذا النحو، وورودها فيه سابقة على الحوالة لا يتحصل معه علم المدين بشخص المحال عليه وبتاريخ الحوالة ، فلا يغني عن إعلانه بها وقت إتمامها ===

وهـذا القـبول لا يعـنى أن المدين قد تنازل عن الدفوع التى كان يسـتطيع أن يتمسك بها فى مواجهة المحيل ، بل تبقى هذه الدفوع ثابتة لـه بحيث يستطيع أن يتمسك بها فى مواجهة المحال له ، ويستثنى من ذلك الدفع بالمقاصـة إذا كان المدين قد قبل الحوالة دون تحفظ [1] (المادة ١/٣٦٨) ، فـإذا حدثـت مقاصة بين الدين المحال به والدين الذى يكون ثابتاً للمدين فى ذمـة المحـيل ، وبعـد ذلك قبل المدين الحوالة بدون تحفظ فلا يستطيع أن يتمسـك – فـى مواجهة المحال لـه – بهذه المقاصة التى حدثت بينه وبين المحـيل ، فـى حين أنه كان يستطيع أن يتمسك بها فى مواجهة المحيل قبل قبوله الحوالة [2] .

ولا يشـترط فى هذا القبول أن يفرغ فى شكل خاص ، بل يجوز أن يتم شفاهة ، أو فى محرر عرفى ، أو رسمى ، بل ليس ثمة ما يمنع من أن يقـع هـذا القبول ضمنياً ، كما لو دفع المدين جزء من الدين[3] ، أو فوائده للمحال له بعد الحوالة ولا تثور – هنا – إلا مسألة إثبات هذا القبول ، وهى مسألة تخضع للقواعد العامة فى الإثبات[4].

= أو بعـده ، أو الحصـول علـى قبولـه لهـا ، حـتى يتحقق الغرض الذى يسـتهدفه المشـرع مـن وجـوب اتخـاذ هذيـن الإجراءين بما يرفع الشك لدى المديـن بالنسـبة للشـخص الـذى يجـب أن يوفـى لـه الدين عند حلول ميعاد الاسـتحقاق) نقـض مدنـى فـى ١٩٥٩/١١/١٩م – مجموعة أحكام النقض السنة ١٠ رقم ١٠٤ ، ص ٦٨٤.

(١) أ.دعـبد الفـتاح عـبد الـباقى: فقرة ١٨٠ ، ص ٢٠٤ ، أ.د جلال العدوى ، ص ١٧٩ ، أ.د عـبد المـنعم الـبدراوى: فقـرة ٢٨١ ، ص ٢٩٧ ، أ.د جلال محمد إبراهيم: فقرة ٢٧٣ ، ص ٤٥٤.

(٢) أ.د عبد الفتاح عبد الباقى: الموضع نفسه.

(٣) نقـض مدنـى فـى ١٩٩٥/١/١٢م – مجموعـة أحكام النقض السنة ٤٦ رقم ٣١ ، ص ١٥٢.

(٤) أ.د سـليمان مـرقس: فقـرة ٢٩٩ ، ص ٦٣٣ ، أ.د عـبد الفـتاح عبد الباقى: الموضـع نفسـه. أ.د محمـد لبيـب شنب: فقرة ١٨٨ ، ص ٢١٣ ، أ.د محمود جمـال الديـن زكـى ، فقـرة ١٥٧ ، ص ١٧٧ ، ١٧٨ ، أ.د جـلال محمـد إبراهـيم: فقـرة ٢٧٣ ، ص ٤٥٣ ، أ.د جـلال العـدوى: الموضـع نفسه ، أ.د مصطفى الجمال: فقرة ٩٨ ، ص ١٥٦.

وهذا القبول للحوالة من جانب المدين يعتد به فى مواجهته حتى ولو لم يكن ثابت التاريخ، إذ أن اشتراط ثبوت التاريخ ، إنما هو لنفاذ الحوالة فى مواجهة الغير[1]، وليس فى مواجهة المدين ، كما سيأتى[2].

٢٦٤ – ٢ – إعلان المدين بالحوالة :

إذا كانت الحوالة – كما رأينا – تنفذ فى مواجهة المدين بقبوله إياها ، وإن لم يكن هذا القبول ثابت التاريخ فهى تنفذ فى حقه – أيضاً – بإعلانه بها [3].

والمقصود بالإعلان – هنا – هو ذلك الذى يتم بورقة رسمية على يد محضر وفقاً لقانون المرافعات [4] ، مع ملاحظة أنه يقوم مقام الإعلان أية

---

(١) أ.د سليمان مرقس: فقرة ٢٩٩ ، ص ٦٣٣ ، أ.د عبد الفتاح عبد الباقى: فقرة ١٨٠ ، ص ٢٠٤ ، أ.د جلال محمد إبراهيم: فقرة ٢٧٣ ، ص ٤٥٤ ، أ.د مصطفى الجمال: فقرة ٩٨ ، ص ١٥٦ ، ١٥٧.

(٢) ينظر لاحقاً : فقرة ٢٦١ من هذه الرسالة .

(٣) أ.د السنهورى: فقرة ٢٦٥ ، ص ٤٧٢ ، أ.د إسماعيل غانم: فقرة ١٩٢ ، ص ١٥٨. أ.د توفيق حسن فرج: ص ١٥١ ، ١٥٢ ، أ.د عبد المنعم البدراوى: فقرة ٢٨١ ، ص ٢٩٧. أ.د سليمان مرقس: فقرة ٢٩٩ ، ص ٦٣١ ، أ . د/ عبد الفتاح عبد الباقى: الموضع نفسه ، أ.د محمود جمال الدين زكى: فقرة ١٥٧ ، ص ١٧٧ ، أ.د لبيب شنب: فقرة ١٨٨ ، ص ٢١٣.

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن: (الإعلان الذى تنفذ به الحوالة بالتطبيق لحكم تلك المادة – أى المادة ٣٠٥ مدنى – هو الإعلان الرسمى الذى يتم بواسطة المحضرين ، وفقاً لقواعد قانون المرافعات ، ويشتمل على ذكر وقوع الحوالة، وشروطها الأساسية ...) ينظر: نقض مدنى ١٩٩٢/١/٧ – مجموعة أحكام النقض السنة ٤٣ رقم ٣١ ، ص ١٤٠ ، وينظر أيضاً نقض مدنى ١٩٧٦/١/٥ وفيه: (الإعلان الذى تنفذ به الحوالة فى حق المدين أو الغير بالتطبيق لحكم المادة ٣٠٥ من القانون المدنى هو الإعلان الرسمى الذى يتم بواسطة المحضرين وفقاً لقواعد قانون المرافعات ، ولا يغنى عن هذا الإعلان الرسمى مجرد إخطار المدين بكتاب مسجل ، أو علمه بالحوالة ، ولو أقر به ، إذ متى رسم القانون طريقاً محدوداً للعلم فلا يجوز استظهاره إلا بهذا الطريق ...) مجموعة أحكام النقض – السنة ٢٧ رقم ٣٧ ، ص ١٣٢.

ورقة رسمية أخرى توجه للمدين وتتضمن إخطاره بوقوع الحوالة ، ولا سيما تلك التى تتضمن إعلانه بصحيفة افتتاح الخصومة التى يعقدها المحال له ، ويطلب فيها الحكم على المدين بدفع الدين له باعتباره محالاً له به[1].

وإعلان المدين بالحوالة قد يقع من المحيل ، أو المحال له ، على أن الغالب فى العمل أن يقع من الأخير ، لأنه صاحب المصلحة الأول فى نفاذ الحوالة فى حق المدين وفى حق الغير[2].

ومما سبق يتبين أن الحوالة لا تنفذ فى مواجهة المدين إلا بأحد أمرين : أولهما : قبول المدين الحوالة بعد إبرامها ، والآخر: إعلان المدين بالحوالة.

فإذا لم يتخذ أى من هذين الإجراءين كانت الحوالة غير نافذة فى حق المدين [3]. ولا يغنى عن أحد هذين الإجراءين علم المدين بحصول الحوالة حتى ولو كان علماً يقينياً مستفاداً من حضوره مجلس الحوالة ، أو من إخبار

---

(١) أ.د عبد الفتاح عبد الباقى: فقرة ١٨٠ ، ص ٢٠٤ ، أ.د محمود جمال الدين زكى: فقرة ١٥٧ ، ص ١٧٧ ، أ.د أحمد سلامة: مذكرات فى نظرية الالتزام - الكتاب الثانى: أحكام الالتزام ، فقرة ١٦٠ ، ص ٢٠٠ بدون بيانات. وأيضاً نقض مدنى فى ١٩٧٦/٥/٢٤م وجاء فيه: (يقوم مقام الإعلان إنذار المدين على يد محضر بالوفاء بالحق توطئة لاستصدار أمر أداء به متى كان هذا الانذار مشتملاً على بيان وقوع الحوالة وشروطها الأساسية ...) ينظر: مجموعة أحكام النقض ، السنة ٢٧ رقم ٢٢٣ ، ص ١١٧٢ ، وأيضاً نقض مدنى فى: ١٩٨٣/١/٢٦ ، وقد جاء فيه: (... فإن صحيفة الدعوى التى يرفعها المحال له على المدين مطالباً إياه بالوفاء بالحق المحال به يعد إعلاناً بالمعنى المقصود قانوناً فى المادة ٣٠٥ المذكورة ، وتنفذ به الحوالة فى حق المدين ...) ينظر: مجموعة أحكام النقض السنة ٣٤ رقم ٦٩ ، ص ٣٠٨.

(٢) أ.د عبد الفتاح عبد الباقى: الموضع نفسه، أ.د جلال إبراهيم: فقرة ٢٧٣ ، ص ٤٥٢. أ.د جلال العدوى: ص ٧٩.

(٣) أ.د عبد الفتاح عبد الباقى: فقرة ١٨٠ ، ص ٢٠٥ ، أ.د سليمان مرقس: فقرة ٢٩٩ ، ص ٦٣٣.

أحد طرفيها إياه بها سواء شفاهة أو كتابة ولو بخطاب موصى عليه مع علم الوصول، ولو أقر المدين نفسه بهذا العلم ، لأن القانون قد رسم طريقاً معيناً لعلـــم المدين بالحوالة هو القبول أو الإعلان ، فلا يصح أن يستعاض عنهما بغيرهما [1] .

غـــير أنه إذا ثبت أن المدين قد علم بالحوالة ، وأنه قد تجاهلها عمداً للإضرار بالمحال له ، كان ذلك غشاً منه يمكن أن يترتب عليه بطلان ما قد يكـــون قد قام به من وفاء للمحيل إضراراً بالمحال له ، لا بناء على أن العلم بالحوالـــة يقـــوم مقام قبولها ، أو الإعلان بها ، بل بناء على أن الغش يبطل التصرفات [2].

ويترتب على عدم نفاذ الحوالة فى حق المدين ، فى حالة عدم القبول، أو الإعلان. أنه يظل ملتزماً بالوفاء بالدين للمحيل ، ولا يكون للمحال الحق فـــى الرجوع عليه بل يرجع على المحيل الذى اقتضى حقه على الرغم من تمـــام الحوالة ، ومع ذلك فإنه يحق للمحال له أن يتخذ الإجراءات التحفظية التى من شأنها أن تمنع الحق من الضياع[3] (المادة ٣٠٦ مدنى) ، وذلك كأن يلجأ إلى قطع التقادم ، أو أن يطلب الحجر على المدين لجنون ، أو عته ، أو سفه اعتراه[4] ، أو أن يجدد قيد الرهن الضامن للحق المحال به[5].

---

(١) يـــنظر: أ.د سـليمان مـــرقس: ص ٦٣٤ هـــامش ٣٩ – وأيضاً : نقض مدنى فى ٧٦/١/٥ وفـــيه: (... ولا يغـــنى عـــن هـــذا الإعـــلان الرســـمى مجرد إخطار المديـــن بكـــتاب مســـجل ، أو علمـــه بالحوالـــة ولو أقر به ، إذ متى رسم القانون طـــريقاً محـــدداً للعلـــم فـــلا يجـــوز اســـتظهاره إلا بهـــذا الطريق ...) مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ رقم ٣٧ ، ص ١٣٢.

(٢) أ.د عـــبد الحـــى حجـــازى: فقـــرة ١٥٨ ، ص ١٠٩ ، أ.د سليمان مرقس: فقرة ٢٩٩ ، ص ٦٣٤.

(٣) أ.د جلال إبراهيم: فقرة ٢٧٣ ، ص ٤٥٤ – ٤٥٦.

(٤) أ.د عبد الفتاح عبد الباقى: فقرة ١٨٠ ، ص ٢٠٥.

(٥) أ.د عبد الحى حجازى: فقرة ١٥٧ ، ص ١٠٧.

٢٦٥ – **ثانياً : نفاذ حوالة الحق بعوض قبل الغير :**

٢٦٦ – المقصود بالغير – هنا – ومعنى نفاذ الحوالة قبله :

يقصد بالغير فى باب حوالة الحق كل من كسب على الحق المحال به حقاً يتعارض مع حق المحال له وذلك كالمحال له الثانى ، ودائن المحيل[1] إذا وقع حجزاً على الحق المحال به تحت يد المدين ، أو أشهر إفلاس المحيل أو إعساره ، كما يعد من الغير أيضاً مشترى الحق المحال به ، وموهوب له ، ومرتهنه [2].

ومعنى نفاذ حوالة الحق قبل الغير أنه عند تزاحم المحال له مع أحد منهم – سواء كان محالاً له ثانياً ، أو دائناً حاجزاً ، أو دائن المفلس أو المعسر – يقدم المحال له إذا كان تاريخ نفاذ حوالته فى حق هذا الغير سابقاً على تاريخ نفاذ الحوالة الثانية ، أو الحجز ، أو الإفلاس أو الإعسار[3].

٢٦٧ – **ما تنفذ به حوالة الحق قبل الغير :**

تنفذ حوالة الحق قبل الغير بأى من الطريقين اللذين تنفذ بهما قبل المدين – أى بقبول المدين الحوالة ، أو إعلانه بها – وذلك مع فارق وحيد يتمثل فى أنه يشترط لنفاذها قبل الغير أن يكون قبول المدين لها ثابت

---

(١) نقض مدنى فى ١٩٧٥/١٢/٨ وفيه: (فدائن المحيل يعد من الغير بحيث يجوز له الطعن على الحوالة بالدعوى البولصية متى توافرت شرائطها) مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ رقم ٢٩٧ ، ص ١٥٨٠.

(٢) أ.د السنهورى: فقرة ٢٦٤ ، ص ٤٧٢ ، أ.د عبد الحى حجازى: فقرة ١٥٩ وما بعدها ، ص ١٠٩ وما بعدها ، أ.د محمود جمال الدين زكى: فقرة ١٥٧ ، ص ١٧٧ ، أ.د عبد الفتاح عبد الباقى: فقرة ١٨١ ، ص ٢٠٦ ، أ.د حسام الأهوانى: ص ٣٢٢ ، ٣٢٣ ، أ.د جلال العدوى: ص ١٨٠ وأيضاً: نقض مدنى فى ١٩٦٧/٤/٢٥م – مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ رقم ١٣٣ ، ص ٨٧٢.

(٣) أ.د السنهورى: فقرة ٢٦٤ ، ص ٤٧٢ ، أ.د حسام الأهوانى: ص ٣٢٣. أ.دعبد المجيد الحكيم: الموجز فى شرح القانون المدنى – الجزء الثانى: أحكام الالتزام: فقرة ٦٢١ ، ص ٣٥١ – الطبعة الثالثة ، سنة ١٩٧٧ ، أ.د جلال إبراهيم: فقرة ٢٧٤ ، ص ٤٥٧.

التاريخ ، بينما لا يشترط ذلك لنفاذها قبل المدين[١].

ولعل السبب في اشتراط أن يكون قبول المدين للحوالة ثابت التاريخ ــ هنا ــ هو منع أي تواطؤ يمكن أن يتم بين المحيل والمدين إضراراً بحقوق الغير عن طريق تقديم تاريخ الحوالة [٢].

٢٦٨ – **الغرض من قبول المدين الحوالة أو إعلانه بها** : والغرض من إجراءات نفاذ حوالة الحق قبل المدين أو قبل الغير ، والمتمثلة في قبول المدين الحوالة ، أو إعلانه بها هو مراعاة مصلحة المحال له أولاً وقبل كل شئ ، وذلك لكي يصبح – بعدها – وحده صاحب الحق تجاه المحال عليه وتجاه الغير ، فلا يشاركه فيه غيره ، كما يقصد بالإجراءات المتقدمة مراعاة مصلحة الغير بالدرجة الثانية ، إذ لهذا الغير مصلحة في نفاذ الحوالة في حق المدين ، فهذا هو الذي يستطيع أن يخبر الغير أن المحيل قد حول حقه إلى شخص آخر ، أو أن حجزاً قد أوقع على الحق تحت يده ، فيمتنع عن التعامل مع المحيل ، كما قد يقصد بهذه الإجراءات – أخيراً – مراعاة مصلحة المحيل ، لأنه إذا كانت الحوالة بعوض ، فإنه يضمن حصول المحال له على الحق المحال به ، فلا يخشى أن يحجز دائنوه على حقه لدى المحال عليه (المدين) قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حقهم [٣] .

---

(١) المادة ٣٠٥ مدني ، وأيضاً: أ.د محمود جمال الدين زكي: فقرة ١٥٧ ، ص ١٧٨. أ.د لبيب شنب: فقرة ١٨٨ ، ص ٢١٣ ، أ.د عبد المنعم البدراوي: فقرة ٢٨٢ ، ص ٢٩٧. أ.د إسماعيل غانم : فقرة ١٩٣ ، ص ٣٦٠ ، أ.د توفيق حسن فرج ، ص ١٥٢ ، أ.د عبد المجيد الحكيم: فقرة ٦٢٢ ، ص ٣٥٢ ، أ.د جلال العدوي: ص ١٨٠ ، أ.د مصطفى الجمال: فقرة ٩٨ ، ص ١٥٧ ، أ.د جلال إبراهيم: فقرة ٢٧٤ ، ص ٤٥٦.

(٢) أ.د عبد الفتاح عبد الباقي: فقرة ١٨١ ، ص ٢٠٥ ، أ.د لبيب شنب: فقرة ١٨٨ ، ص ٢١٤. أ.د جلال العدوي: الموضع نفسه ، أ.د جلال إبراهيم: فقرة ٢٧٤ ، ص ٤٥٧.

(٣) أ.د عبد المجيد الحكيم: فقرة ٦٢٣ ، ص ٣٥٢ ، وينظر عكس ذلك : أ.د السنهوري: فقرة ٢٦٥ ، ص ٤٧٤ ، حيث يرى سيادته أن الغرض من هذه الإجراءات مراعاة مصلحة المدين (المحال عليه) أولاً ، وذلك حتى يعلم بالحوالة فيمتنع عن معاملة الدائن الأصلي (المحيل) ، ولا يعامل إلا الدائن الجديد (المحال له) .

٢٦٩ - إجراءات خاصة لنفاذ بعض الحوالات

إذا كان القانون يشترط - بحسب الأصل - لنفاذ الحوالة قبول المدين ، أو إعلانه، إلا أنه يتطلب فى بعض الأحوال لنفاذها بعض الإجراءات الأخرى ، وهذه الإجراءات قد تكون أشد من القبول والإعلان ، وقد تكون أخف :

ومثال ما تشدد فيه القانون لنفاذ الحوالة ما نصت عليه المادة ١٩ من قانون الشهر العقارى من أنه: " لا يصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون بقيد ، أو برهن ، إلا إذا حصل التأشير بذلك على هامش القيد الأصلى ".

فبناء على هذا النص : إذا كان الحق المحال به مضموناً بامتياز ، أو برهن ، ويريد المحال له أن يبقى هذا التأمين ضامناً للحق الذى انتقل إليه فلا بد فى هذه الحالة من التأشير بذلك فى هامش القيد الأصلى ، ولا يكتفى بقبول المدين الحوالة ، أو إعلانه بها ، وقد قصد بهذا التأشير الاحتجاج على الغير ببقاء التأمين ضامناً للحق المحال به (١).

ومن ذلك أيضاً ما قضت به المادة ١١ من قانون الشهر العقارى من أن الحوالة بالأجرة المعجلة عن مدة تزيد على ثلاث سنين يجب تسجيلها حتى تسرى فى حق الغير، ولا يكفى القبول الثابت التاريخ ، أو الإعلان(٢).

ومثال ما خفف فيه القانون لنفاذ الحوالة ، ما قرره القانون من أنه إذا كان حق الدائن ثابتاً فى ورقة تجارية ككمبيالة ، أو سند إذنى ، أو شيك ، فإن حوالة الحق تتم بطريق التظهير ، أى بكتابة التحويل على ظهر الورقة ، ومتى تم ذلك كانت الحوالة نافذة قبل الغير دون حاجة إلى قبول المدين ، أو إعلانه بها.

---

(١) أ.د عبد الحى حجازى: فقرة ١٦٣ ، ص ١١٢ ، ١١٣ ، أ.د سليمان مرقس: فقرة ٢٩٩ ، ص ٦٣٥.

(٢) أ.دعبد الحى حجازى: فقرة ١٦٣ ، ص ١١٣ ، أ.د سليمان مرقس: فقرة ٢٩٩ ، ص ٦٣٥ ، أ.د لبيب شنب: فقرة ١٨٨ ، ص ٢١٤.

بل إنه إذا كانت الورقة التجارية لحاملها ، فإن ملكيتها تنتقل بمجرد تسليمها للمحال له ، وتنفذ بذلك دون أن تحتاج إلى تظهير(١).

الفرع الثالث
آثار حوالة الحق بعوض

٢٧٠ – تقسيم :

إذا تمت الحوالة بعوض فإنه ينشأ عنها – شأنها شأن سائر العقود – علاقات قانونية بين طرفيها المحيل والمحال له ، ولكنها تتميز عن العقود الأخرى بأن موضوعها دين فى ذمة شخص ثالث ، ويترتب على ذلك آثار قانونية بين المحال له والمحال عليه ، وبين المحال عليه والمحيل .

كما أنه – فى بعض الأحوال – قد يترتب عليها آثار قانونية بين المحال له والغير، وعلى ذلك فينقسم هذا الفرع إلى أربعة أغصان:

الغصن الأول : آثار حوالة الحق بعوض فى العلاقة بين طرفيها (المحيل – المحال له).

الغصن الثانى : آثار حوالة الحق بعوض فى العلاقة بين المحال له والمحال عليه.

الغصن الثالث : آثار حوالة الحق بعوض فى العلاقة بين المحال عليه والمحيل .

الغصن الرابع : آثار حوالة الحق بعوض فى العلاقة بين المحال له والغير .

الغصن الأول
آثار حوالة الحق بعوض فى العلاقة بين طرفيها (المحيل والمحال له)

٢٧١ – إذا انعقدت الحوالة بين المحيل والمحال له ترتب

---

(١) أ.د السنهورى: فقرة ٢٦٩ ، ص ٤٨٦ ، أ.د إسماعيل غانم: فقرة ١٩٤ ، ص ٣٦١ ، أ.د عبد المنعم البدراوى: فقرة ٢٨٣ ، ص ٢٩٨ ، أ.د توفيق حسن فرج: ص ١٥٣ ، أ.د لبيب شنب: الموضع نفسه ، أ.د جلال محمد إبراهيم: فقرة ٢٧٥ ، ص ٤٥٨ ، أ.د جلال العدوى: ص ١٨٠.

عليها فيما بينهما الآثار القانونية الآتية:

أولاً : التزام المحيل بنقل الحق المحال به إلى المحال له.

ثانياً : التزام المحيل بتسليم المحال له سند الحق المحال به.

ثالثاً : التزام المحيل بضمان الحق المحال به.

رابعاً : التزام المحال له بأداء مقابل الحوالة.

وسأتناول كل أثر من هذه الآثار بشئ من التفصيل :

٢٧٢ - أولاً : التزام المحيل بنقل الحق المحال به إلى المحال له :

يترتب على الحوالة انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له ، ولما كان موضوع الحوالة هو الحق المحال به ، فإن الذى ينتقل من المحيل إلى المحال له هو ذات الحق الذى كان ثابتاً للأول[1] وعلى ذلك: فالتغيير لا يتناول إلا شخصية الدائن ، فبعد أن كان الحق المحال به ثابتاً للمحيل ، أصبح هو بذاته ثابتاً للمحال له ، ويترتب على ذلك النتائج الهامة الآتية :

١ - يحق للمحال له أن يطالب المدين بأن يؤدى له الحق نفسه الذى كان ملتزماً بأن يؤديه للمحيل ، وذلك بغض النظر عما إذا كان المقابل الذى دفعه المحال له فى سبيل الحوالة يقل ، أو يزيد عن موضوع الحق المحال به [2] .

---

(١) نقض مدنى ١٩٦٧/١١/٢٣ وفيه: (حوالة الحق لا تنشئ التزاماً جديداً فى ذمة المدين ، بل تنقل الالتزام الثابت أصلاً فى ذمته من دائن إلى دائن آخر ...) مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ رقم ٢٦٣ ، ص ١٧٤٤ ، وأيضاً نقض مدنى ١٩٧٧/٣/٢٢ ، مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ رقم ١٣٣ ، ص ٧٣٢.

(٢) أ.د عبد الفتاح عبد الباقى: فقرة ١٨٣ ، ص ٢٠٦ ، أ.د سليمان مرقس: فقرة ٣٠٣ ، ص ٦٤١. أ.د أحمد سلامة: فقرة ١٦٣ ، ص ٢٠٣ ، وأيضاً: نقض مدنى ١٩٦٨/٢/٢٢ وفيه: (بانعقاد الحوالة بين المحيل والمحال له ينتقل نفس الحق المحال به وبكل قيمته ، ولو كان المحال له قد دفع فيه ثمناً أقل) - مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ رقم ١٤ ، ص ٣٥٧.

٢ – ينتقل الحق من المحيل إلى المحال له بنفس صفاته وأوصافه. فإذا كان الحق مدنياً، أو تجارياً قبل الحوالة فإنه ينتقل بعدها إلى المحال له بالصفة نفسها ، وكذلك الحال إذا كان الحق المحال به ثابتاً بمقتضى حكم ، أو في محرر رسمي ، أو عرفي ، أو غير ثابت في محرر أصلاً ، وكذلك إذا كان الحق يغل فائدة أو لا يقلها ، أو كان معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل ، أو كان تضامنياً أو غير قابل للانقسام ، فإنه يحتفظ بهذه الصفة بعد انتقاله إلى المحال له[1].

٣ – ينتقل الحق بتوابعه وملحقاته ، فكل ما يعد من توابع الحق المحال به أو ملحقاته ينتقل معه للمحال له ، ما لم يتفق على غير ذلك[2] ، " ويعد من التوابع ما يكون قد حل من الفوائد والإيرادات قبل أن تنعقد الحوالة،إذا لم يكن المحيل قد استوفاها، أما الأقساط التي تكون قد استحقت قبل الحوالة،ولم يستوفها المحيل فإنها تكون جزء من ذات الدين،ولا تكون من توابعه " [3].

٤ – ينتقل الحق بجميع تأميناته وضماناته (المادة ٣٠٧ مدني) ، ولا فرق في ذلك بين التأمينات الشخصية كالكفالة ، والتأمينات العينية ، وهي الرهن الرسمي والحيازي ، وحق الاختصاص ، وحقوق الامتياز ، ولا فرق في ذلك أيضاً بين ما إذا كان التأمين مقدماً من المدين ، أو مقدماً من الغير [4].

---

(١) أ.د عبد الفتاح عبد الباقي: الموضع نفسه ، أ.د سليمان مرقس: فقرة ٣٠٣ ، ص ٦٤٠. أ.د جلال العدوي : ص ١٨١ ، أ.د جلال محمد إبراهيم: فقرة ١٧٨ ، ص ٤٦١.

(٢) أ.د عبد الفتاح عبد الباقي: فقرة ١٨٣ ، ص ٢٠٧.

(٣) أ.د أحمد سلامة: فقرة ١٦٣ ، ص ٢٠٣ ، وينظر في اعتبار الأقساط الحالة من التوابع: المادة ٣٠٧ مدني ، وكذلك: أ.د جلال إبراهيم: فقرة ٢٧٨ ، ص ٤٦١.

(٤) أ.د محمود جمال الدين زكي: فقرة ١٦١ ، ص ١٨٠ ، أ.د عبد الحي حجازي: فقرة ١٦٧ ، ص ١١٥ ، أ.د محمد لبيب شنب: فقرة ١٩٠ ، ==

٥ – ينــتقل الحق من المحيل إلى المحال لـــه وهو مهدد بنفس الدفوع التى كانت تهدده من قبل ، ويترتب على ذلك أنه يسوغ للمدين أن يتمسك فى مواجهـــة المحـــال له بنفس الدفوع التى كان يسوغ له أن يتمسك بها فى مواجهة المحيل وقت نفاذ الحوالة فى حقه (المادة ٣١٢ مدنى) [١].

ومممـــا ســبق يتضـــح أن حوالة الحق يترتب عليها انتقال الحق من المحـــيل إلى المحال لـــه بذاته ، وصفاته ، وأوصافه ، وبتوابعه وملحقاته ، وبتأميناته وضماناته ، وبما يرد عليه من دفوع [٢].

هذا : وينتقل الحق المحال به – فى العلاقة بين طرفيها – من وقت انعقـــاد الحوالـــة ، أى حـــتى قبل أن تصبح نافذة فى مواجهة المحال عليه (المديـــن) أو الغير ، ولذلك فإنه يمتنع على المحيل – من هذا الوقت – أن يتصرف فى المحال به بأى نوع من أنواع التصرفات ، كاستيفائه من المدين أو حوالـــته مرة أخرى ، أو التقايل عليه مع المدين ، أو غير ذلك ، فإن فعل ذلك كان مسئولاً فى مواجهة المحال له [٣].

= ص ٢١٥ ، أ.د عـبد الفـتاح عـبد الــباقى: فقرة ١٨٣ ، ص ٢٠٧ ، ٢٠٨ ، أ.د ســليمان مـــرقس: فقـــرة ٣٠٣ ، ص ٦٣٩ ، أ.د جـــلال العـــدوى: الموضـــع نفســه وأيضـــاً: نقـــض مدنـــى فـــى ١٩٩٥/٥/٢٨ وقـــد جـــاء فـــيه: (ويترتـــب علـــى انعقادهـــا صـــحيحة انـــتقال الحـــق المحال ... من المحيل إلى المحـــال لـــــه بمـــا لـــــه مـــن ضمانات ...) مجموعة أحكام النقض السنة ٤٦ رقم ١٦٣ ، ص ٨٢٨.

(١) أ.د عبد الفتاح عبد الباقى: فقرة ١٨٣ ، ص ٢٠٨.

(٢) نقـــض مدنـــى ١٩٩٠/٦/١١ وقـــد جـــاء فـــيه أن الحق ينتقل : (بجميع مقوماته وخصائصـــه ، وتوابعـــه ، ومـــنها الدعـــاوى الـــتى تؤكده إلى المحال إليه وكذلك مـــا علـــيه مـــن دفـــوع كـــان للمحال عليه مجابهة المحيل بها وقت إعلان الحوالة أو قـــبولها ، ومـــن ذلـــك الدفـــع بانقضـــاء الحق المحال به ...) مجموعة أحكام النقض السنة ٤١ رقم ٢٢١ ، ص ٢٨٣ ، العدد الثانى.

(٣) أ.د جـــلال محمـــد إبراهـــيم : فقـــرة ٢٧٩ ، ص ٤٦٦ ، أ.د عـــبد الفـــتاح عبد الـــباقى: فقـــرة ١٨٥ ، ص ٢٠٨ ، أ.د أحمـــد ســـلامة: فقرة ١٦٤ ، ص ٣٠٤، أ.د لبيب شنب: فقرة ١٩١ ، ص ٢١٦ ، أ.د جلال العدوى: ص ١٨١.

٢٧٣ – ثانياً : التزام المحيل بتسليم المحال له سند الحق المحال به :

وهذا الالتزام وإن لم يرد النص عليه فى القانون المدنى المصرى[١]، إلا أنه تقتضيه طبيعة الأشياء ، وذلك لأن المحيل يجب عليه أن يمكن المحال له من المطالبة بالحق المحال به ، وهذا يقتضى بطبيعة الحال أن يسلمه السند المثبت لهذا الحق. فإذا امتنع المحيل عن تسليم السندات المثبتة للحق المحال بـه ، وترتب على ذلك استحالة استيفاء المحال لـه الحق المحال به ، فإنه يكـون مسئولاً عن تعويض المحال لـه عن الضرر الذى يصيبه نتيجة هذا الامتناع [٢] .

٢٧٤ – ثالثاً : التزام المحيل بضمان الحق المحال به:

يلتزم المحيل بمقتضى الحوالة بنقل الحق المحال به إلى المحال له ، فإذا لم يوف بالتزامه هذا تحمل الضمان[٣] .

وقد تناول المشرع الوضعى أحكام التزام المحيل بالضمان فى المواد من ٣٠٨ : ٣١١ من القانون المدنى .

وتـنص المـادة ٣٠٨/١ على أنه : " إذا كانت الحوالة بعوض فلا يضـمن المحيل إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك ".

وتنص المادة ٣٠٩ على أنه : " ١ – لا يضمن المحيل يسار المدين إلا إذا وجـد اتفاق خاص على هذا الضمان . ٢ – وإذا ضمن المحيل يسار المديـن فلا ينصرف هذا الضمان إلا إلى اليسار وقت الحوالة ، ما لم يتفق على غير ذلك ".

ويتضح من هذين النصين أنه إذا كانت الحوالة بعوض ، فإن المحيل

---

(١) وذلـك بخـلاف القـانون المدنـى الفرنسى فقد نص عليه فىالمادة ١٦٨٩. ينظر: أ.د سليمان مرقس: فقرة ٣٠٤ ، ص ٦٤٢.

(٢) المـرجع السـابق: الموضـع نفسـه ، أ.د عـبد الفتاح عبد الباقى: فقرة ١٨٨ ، ص ٢١٠. أ.د لبيب شنب: فقرة ١٩٢ ، ص ٢١٨.

(٣) أ.د عبد الفتاح عبد الباقى: فقرة ١٨٩ ، ص ٢١١.

يلتزم بالضمان ، وذلك لأنه إذا كان قد تلقى شيئاً فى مقابل الحق الذى حوله فلا يسوغ أن يكون غير مسئول عن عدم استطاعة المحال له الحصول على حقه ، وذلك بالقياس على التزام البائع بالضمان فى مواجهة المشترى(١).

وإذا كان المحيل يلتزم بالضمان ، فإن هذا الضمان يقتصر على وجود الحق وتوابعه وقت الحوالة ، بمعنى أن يضمن المحيل أن الحق قد نشأ صحيحاً وأنه كان قائماً وموجوداً وقت إبرام الحوالة ، فإذا تبين أن هذا الحق قد نشأ عن تصرف باطل ، أو قابل للإبطال وتقرر إبطاله ، أو كان الحق قد انقضى وقت الحوالة لأى سبب من أسباب الانقضاء ، كان المحيل ضامناً (٢) .

غير أن ضمان المحيل – فى هذه الحالة – يقتصر – بحسب الأصل – على هذا القدر فقط ، فلا يشمل يسار المدين ، فإذا كان الحق موجوداً وقت الحوالة ولكن كان المدين معسراً ، بحيث يتعذر على المحال له اقتضاء الحق منه ، فلا مسئولية على المحيل(٣).

٢٧٥ – الاتفاق على تعديل قواعد ضمان المحيل : القواعد السابقة التى تضمنت أحكام ضمان المحيل ، ليست قواعد آمرة ، وإنما هى فى مجملها قواعد مكملة ، الأمر الذى يجوز معه للمتعاقدين الاتفاق على تعديلها إن بالتخفيف ، أو بالتشديد :

* فمن أمثلة الاتفاق على تخفيف الضمان: أن يتفق المتعاقدان على إعفاء هذا المحيل من وجود الحق المحال به وقت الحوالة(٤) ، اللهم إلا إذا

---

(١) أ.د عبد الحى حجازى: فقرة ١٦٨ ، ص ١١٧.

(٢) المرجع السابق: الموضع نفسه ، أ.د سليمان مرقس: فقرة ٣٠٦ ، ص ٦٤٤ . أ.د محمود جمال الدين زكى: فقرة ١٦٢ ، ص ١٨١ ، أ.د جلال إبراهيم: فقرة ٢٨٣ ، ص ٤٧٢. أ.د عبد الفتاح عبد الباقى: الموضع نفسه، أ.د أحمد سلامة: فقرة ١٦٩ ، ص٢١٠.

(٣) المراجع السابقة: المواضع نفسها.

(٤) أ.د عبد الحى حجازى: فقرة ١٦٩ ، ص ١١٨ ، أ.د أحمد سلامة: فقرة ١٧٠ ، ص ٢١٠. أ.د محمود جمال الدين زكى: فقرة ١٦٢ ، ص ١٨١ ، أ.د جلال محمد إبراهيم: فقرة ١٨٤ ، ص ٤٧٢ ، أ.د سليمان مرقس: فقرة ٣٠٧ ،ص ٦٤٧ ، أ.د لبيب شنب: فقرة ١٩٢ ، ص ٢١٨.

كـان هذا الضمان ناتجاً عن فعله الشخصي ، فلا يجوز الاتفاق على إعفائه من الضمان عملاً بحكم المادة ٣١١ مدني[1].

ومن أمثلة الاتفاق على تشديد الضمان : أن يتفق المتعاقدان على ضمان يسار المدين بمعنى أن تزيد أمواله على ديونه ، غير أنه لما كان من شأن الاتفاق على ضمان يسار المدين أن يزيد من العبء الملقى على عاتق المحيل ، وجب أن يفسر هذا الاتفاق تفسيراً ضيقاً ، بأن يقتصر ضمان يسار المدين على ضمان يساره وقت الحوالة، ما لم يتفق على غير ذلك (المادة ٣٠٩ مدني)[2].

٢٧٦ – حدود ضمان المحيل للحق المحال به : إذا رجع المحال له بالضمان على المحيل ، إما لعدم وجود الحق المحال به وقت الحوالة ، وإما لإعسار المحال عليه عندما يتفق على يساره في الحال ، أو الاستقبال "...فلا يلزم المحيل إلا برد ما استولى عليه ،مع الفوائد والمصروفات " وفقاً لما تقضي به المادة ٣١٠ مدني. وعلى ذلك فلا يلتزم المحيل – نتيجة ضمانه – إلا برد ما يأتي :

١ – مقدار ما قبضه من المحال له ثمناً للحق المحال به ، وغالباً ما يكون هذا الثمن أقل من القيمة الاسمية للحق المحال به ، وذلك لأن المحال له غالباً ما يكون مضارباً يستفيد من الفرق بين ما دفع فعلاً ، وبين ما

---

(١) نقض مدني ١٩٩١/٦/١٢ وقد جاء فيه: (... إن المحيل يضمن للمحال له جميع الأفعال التي تصدر منه بعد صدور الحوالة ، ويكون من شأنها الانتقاص من الحق المحال به أو توابعه ، أو زواله ... ولو اشترط المحيل عدم الضمان ، وذلك أن مسئولية المحيل عن أفعاله الشخصية تعد مسئولية تقصيرية ، لا يجوز الاتفاق على التحلل منها ، أو تعديلها ...) ينظر: مجموعة أحكام النقض السنة ٤٢ رقم ٢٠٧ ، ص ١٣٦١.

(٢) أ.د عبد الحي حجازي: الموضع نفسه ، أ.د أحمد سلامة: الموضع نفسه ، أ.د عبد الفتاح عبد الباقي: فقرة ١٨٩ ، ص ٢١١ ، أ.د لبيب شنب: الموضع نفسه.

سيحصل عليه من المدين[1].

٢ – الفوائد عن المبلغ الذى قبضه من المحال لـــه ، محسوبة بالسعر القانونى ، وتسرى هذه الفوائد من يوم الدفع، وليس من يوم المطالبة القضائية[2].

٣ – المصـــروفات التى تكبدها المحال لـــه ، سواء المصروفات التى تكبدها فى إبرام الحوالة ، أو مصروفات الدعاوى ، كدعوى المحال له على المدين ، أو دعوى الضمان التى يرفعها المحال له على المحيل [3].

هذه هى الأشياء التى يستطيع المحال له أن يرجع بها على المحيل ، ولا يستطيع أن يرجع بأكثر من هذا ، وذلك لأن نص المادة ٣١٠ مدنى نص آمـــر لا يجـــوز الاتفاق على ما يخالف أحكامه ، " وقد قصد به قطع السبيل

---

(١) أ.دعـــبد الحـــى حجـــازى: فقـــرة ١٧١ ، ص ١١٩ ، أ.د أحمـــد ســـلامة : فقرة ١٧١ ، ص ٢١١. أ.د جلال إبراهيم: فقرة ٢٨٥ ، ص ٤٧٣ ، ٤٧٤.

(٢) أ.د أحمـــد ســـلامة: الموضـــع نفســـه ، أ.د عـــبد الـــودود يحـــيى: الموجـــز فى الـــنظرية العامـــة للالـــتزامات: ص ٦١١ هـــامش ١، الناشر دار النهضة العربية ، ســـنة ١٩٩٤م ، أ.د جـــلال محمـــد إبراهـــيم فقرة ٢٨٥ ، ص ٤٧٤ ، وأيضاً : نقـــض مدنـــى فـــى ١٩٦٦/١/١١ ، وجـــاء فيه: (... إذ نصت المادة ٣١٠ من القـــانون المدنـــى علـــى أنـــه: (إذا رجـــع المحال لـــه بالضمان على المحيل ... فـــلا يلـــزم المحـــيل إلـــى برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات ولو وجد اتفـــاق يخـــالف ذلـــك) ، فـــإن قصـــد المشرع من هذا النص هو تحديد أقصى ما يـــرجع بـــه المحـــال لـــــه علـــى المحيل من تعويض عند تحقق الضمان ، وهذا الحكـــم يغايـــر الحكـــم الـــوارد بالمـــادة ٢٢٦ مـــن القـــانون المدنى الذى يجرى ســـريان الفوائـــد مـــن تـــاريخ المطالـــبة القضائية إذا كان موضوع الالتزام مبلغاً مـــن الـــنقود تأخـــر المديـــن فى الوفاء به ، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يعمـــل حكـــم المـــادة ٢٢٦ مـــن القانون المدنى ، وقضى للمحال لـــه بالفوائد من تـــاريخ دفعـــه مـــبلغ الحوالـــة للطاعـــن ، وهو للمحيل، فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبـــيق القـــانون ...) يـــنظر: مجموعـــة أحكـــام الـــنقض ، السنة ١٧ رقم ٨ ، ص ٦٦.

(٣) أ.د أحمـــد ســـلامة:الموضـــع نفســـه ، أ.د محمود جمال الدين زكى: فقرة ١٦٣ ، ص ١٨٢. أ.د عـــبد الحـــى حجـــازى: فقـــرة ١٧١ ، ص ١٢٠ ، أ.د جـــلال إبراهيم: الموضع نفسه.

على المرابين الذين يستغلون حاجة الناس ، فيشترون حقوقهم بأبخس الأثمان، ثم يكفلون لأنفسهم حق الرجوع بها كاملة عليهم ، إذا لم يستوفوها كاملة من المحال عليهم " [1].

ومما تجدر الإشارة إليه أن الأحكام السابقة لا تنطبق على رجوع المحال له بالضمان على المحيل لإخلاله بالالتزام بضمان أفعاله الشخصية ، بل يكون للمحال له في هذه الحالة أن يرجع على المحيل بالتعويض الكامل الذي يشمل ما لحقه من خسارة، وما فاته من كسب ،وفقاً للقواعد العامة [2].

الفصن الثاني

آثار حوالة الحق بعوض في العلاقة بين المحال له والمحال عليه

٢٧٧ – سبق أن ذكر أن حوالة الحق تعد نافذة في حق المحال عليه (المدين) من وقت قبوله إياها أو إعلانه بها ، وعلى ذلك فإذا أريد بيان آثار حوالة الحق بعوض في العلاقة بين المحال له والمحال عليه ، فإنه ينبغي التفرقة بين مرحلة ما قبل القبول والإعلان ،ومرحلة ما بعد القبول والإعلان :

٢٧٨ – أولاً : آثار حوالة الحق بعوض في العلاقة بين المحال له والمحال عليه قبل القبول أو الإعلان :

لا يترتب على حوالة الحق بعوض قبل نفاذها في مواجهة المحال عليه (المدين) سوى آثار محدودة [3] ، وعلى ذلك: فلا يجوز للمحال له قبل

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ٣ ، ص ١٢٦ ، وأيضاً: أ.د السنهوري: فقرة ٢٨٥ ، ص ٥١٧ ، أ.د إسماعيل غانم: فقرة ٢٠١ ، ص ٣٦٨ ،أ.د محمود جمال الدين زكي: فقرة ١٦٣ ، ص ١٨٢ ، ١٨٣ ، أ.د حسام الأهواني: ص ٣٣٨ ، أ.د عبد المجيد الحكيم: فقرة ٦٧١ ، ص ٣٧٨ ، أ.د عبد الفتاح عبد الباقي: فقرة ١٨٩ ، ص ٢١٢.

(٢) أ.د سليمان مرقس: فقرة ٣٠٦ ، ص ٦٤٧ ، أ.د محمود جمال الدين زكي: فقرة ١٦٣ ، ص ١٨٣ ، أ.د جلال محمد إبراهيم: فقرة ٢٨٥ ، ص ٤٧٥.

(٣) أ.د السنهوري: فقرة ٢٩٠ ، ص ٥٢٢ ، أ.د محمود جمال الدين زكي: فقرة ١٦٤ ، ص ١٨٣.

نفاذ الحوالة مطالبة المحال عليه بالوفاء ، وذلك لأن المحيل فى هذه المرحلة يظل هو الدائن بالحق المحال به.

ومـع ذلك فإنه يجوز للمحال لـه – قبل نفاذ الحوالة – أن يتخذ من الإجـراءات مـا يحافظ به على حقه ، وذلك وفقاً لما تقضى به المادة ٣٠٦ والتى تنص على أنه : " يجوز قبل إعلان الحوالة ، أو قبولها أن يتخذ الدائن المحال لـه من الإجراءات ما يحافظ به على الحق الذى انتقل إليه " فيجوز للمحال له – وفقاً لهذا المادة – قبل نفاذ الحوالة أن يقطع التقادم ، أو أن يوقع حجزاً تحفظياً على الحق المحال به تحت يد المحال عليه ، أو أن يقيد رهناً ، أو امتيازاً ، أو اختصاصاً يضمن هذا الحق أو يجدد هذا القيد[1].

كمـا يجوز للمحال لـه – قبل نفاذ الحوالة – أن يرجع على المحال عليه – المدين – إذا تواطأ مع المحيل على وفاء الدين لـه ، ففى هذه الحالة إذا وفـى المحـال عليه الدين للمحيل ، فلا يكون هذا الوفاء صحيحاً ، لأنه يـنطوى علـى غـش ، والقاعدة أن الغش يفسد كل ما يقوم عليه ، ويكون للمحال له الحق فى أن يستوفى الدين من المحال عليه مرة أخرى[2].

٢٧٩ – ثانياً : آثار حوالة الحق بعوض فى العلاقة بين المحال لـه والمحال عليه بعد القبول والإعلان:

إذا أصـبحت الحوالـة نافذة قبل المحال عليه – المدين – فإن الحق المحـال به ينتقل إلى المحال له بكل صفاته وتوابعه التى كانت له وقت نفاذ

---

(١) أ.د السـنهورى: فقـرة ٢٩١ ، ص ٥٢٣ ، إسـماعيل غـانم: فقـرة ١٩٧ ، ص ٣٦٤. أ.د محمـود جمـال الديـن زكـى: فقـرة ١٦٥ ، ص ١٨٤ ، أ.د سمير عـبد السـيد تـناغو: نظـرية الالـتزام فقـرة ٣٥٦ ، ص ٤٨٥ ، الناشر منشأة المعـارف بالإسـكندرية ، بـدون تـاريخ، أ.د جـلال العدوى: ص ١٨٣ ، أ.د محمـد لبيـب شـنب: ص ٢١٦ هـامش ١ ، أ.د جـلال إبراهيم: فقرة ٢٨٧ ، ص ٤٧٧.

(٢) أ.د السـنهورى: فقـرة ٢٩٢ ، ص ٥٢٥ ، أ.د إسـماعيل غـانم: الموضع نفسه ، أ.دسـمير تـناغو: فقـرة ٣٥٦ ، ص ٤٨٦ ، أ.د عـبد الفتاح عبد الباقى: فقرة ١٨٦ ، ص ٢٠٩.

الحوالة ، ويصبح المحال له هو الدائن للمحال عليه بدلاً من المحيل ، الأمر الذى يتعين معه على المحال عليه الوفاء بالحق المحال به إلى المحال له ، فإذا وفى به للمحيل كان هذا الوفاء غير مبرئ لذمته، وتعين عليه الوفاء به مرة أخرى للمحال له ، ثم يرجع بعد ذلك بما وفاه على المحيل وفقاً لقواعد دفع غير المستحق [1].

ويترتب على ذلك وفقاً لنص المادة ٣١٢ مدنى : أن يكون: " للمدين أن يتمسك قبل المحال له بالدفوع التى كان له أن يتمسك بها قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة فى حقه ، كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة ".

ويتضح من هذا النص أن المحال عليه (المدين) يستطيع أن يتمسك فى مواجهة المحال له بنوعين من الدفوع:

النوع الأول : الدفوع التى كان يستطيع أن يدفع بها فى مواجهة المحيل وقت نفاذ الحوالة فى حقه ، إذ يعد هذا الوقت " حداً فاصلاً بين الدفوع أو أوجه الدفع التى يجوز للمدين أن يتمسك بها ، وبين ما عداها مما يمتنع التمسك به " [2] ، فالدفوع التى يجوز للمحال عليه (المدين) أن يتمسك بها هى تلك الدفوع التى نشأت أسبابها قبل نفاذ الحوالة ، وتطبيقاً لذلك : يكون للمحال عليه (المدين) أن يتمسك فى مواجهة المحال له ببطلان التصرف الذى أنشأ الحق المحال به ، أو بفسخه ، أو بانقضائه بالوفاء ، أو بالمقاصة ما لم يكن قد قبلها "دون تحفظ" فلا يجوز ، أما إعلانه بالحوالة فلا يمنعه من التمسك بها فى مواجهة المحال له [3].

---

(١) أ.د عبد الفتاح عبد الباقى : الموضع نفسه ، أ.د جلال إبراهيم: فقرة ٢٨٧ ، ص ٤٧٧.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ٣ ، ص ١٢٩ ، ١٣٠ ، وأيضاً: أ.د محمود جمال الدين زكى: فقرة ١٦٦ ، ص ١٨٤ ، أ.د عبد الحى حجازى: ١٦٧ ، ص ١١٥.

(٣) أ.د السنهورى: فقرة ٢٩٥ ، ص ٥٣٠ ، ٥٣١ ، أ.د سمير عبد السيد تناغو: فقرة ٣٥٧، ص ٤٨٧، أ.دعبد المجيد الحكيم: فقرة ٦٣٨، ص ٣٦٠.

أمـــا الدفوع التى نشأت أسبابها بعد نفاذ الحوالة فلا يستطيع المحال علـــيه أن يتمســـك بها فى مواجهة المحال لـــه ، كما لو أصبح المحال عليه (المدين) دائناً للمحيل بعد نفاذ الحوالة ، فلا يستطيع أن يدفع بالمقاصة فى مواجهة المحال له بين الدين الذى له على المحيل ودين الحوالة [1] .

الـــنـــوع الثانى : الدفوع المستمدة من عقد الحوالة: وذلك لأن هذا العقد هو سند المحال لـــه فى مطالبة المحال عليه[2] ، وعلى ذلك فإذا كان عقد الحوالـــة باطلاً بطلاناً مطلقاً جاز للمحال عليه أن يتمسك بهذا البطلان فى مواجهة المحال لـــه ، لأنه صاحب مصلحة فى التمسك به ، أما إذا كـــان هـــذا العقد قابلاً للإبطال ، فلا يستطيع أن يتمسك بقابلية الحوالة للإبطـــال ، لأن هذا الدفع لم يتقرر لمصلحته[3] ، وإنما تقرر لمصلحة المحيل وحده [4].

الفصل الثالث

آثار حوالة الحق بعوض فى العلاقة بين المحيل والمحال عليه

٢٨٠ – لبـــيان آثار حوالة الحق بعوض فى العلاقة بين المحيل والحال عليه ينـــبغى الـــتفرقة أيضاً بين مرحلة ما قبل نفاذ الحوالة بالقبول أو الإعلان ، ومرحلة ما بعد نفاذها بأحد هذين الأمرين :

٢٨١ – أولاً : آثـــار حوالـــة الحـــق بعـــوض فـــى العلاقـــة بـــين المحـــيل والمحـــال عليه قبل القبول أو الإعلان :

فقـــبل نفاذ الحوالة فى مواجهة المحال عليه بالقبول ، أو الإعلان ، يظل المحيل هو صاحب الحق فى الدين الذى لـــه فى ذمة المدين ، وبالتالى

---

(١) أ.د عبد الحى حجازى: الموضع نفسه.

(٢) أ.د جلال محمد إبراهيم: فقرة ٢٨٧ ، ص ٤٧٩.

(٣) أ.د السـنهورى: فقـرة ٢٩٥ ، ص ٥٣٣ ، أ.د محمـود جمـال الديـن زكى ، فقـرة ١٦٦ ، ص ١٨٥ ، أ.د سـمير تـناغو: فقـرة ٣٥٧، ص ٤٨٧ ، أ.د توفيق حسن فرج: ص ١٦٠.

(٤) أ.د جلال محمد إبراهيم: فقرة ٢٨٧ ، ص ٤٧٩.

يستطيع أن يقتضيه منه ، ويجبره على الوفاء به ، كما يجوز له أن يتصرف فـــى هذا الحق مرة أخرى ، وتكون هذه التصرفات نافذة فى مواجهة المحال علــيه ، كمـــا لو أحاله مرة أخرى إلى شخص آخر ، كما يجوز للمحيل أن يتخذ من الإجراءات التحفظية ما يمكنه من المحافظة على الحق المحال به ، كقطع التقادم ، أو قيد رهن ، أو تجديد قيده ، كما أنه يجوز لدائنى المحيل أن يحجــزوا علـــى هـــذا الحـــق تحت يد المحال عليه ، لأنه لا يزال مملوكاً لمدينهم[1].

٢٨٢ – ثانياً : آثار حوالة الحق بعوض فى العلاقة بين المحيل والمحال عليه بعد القبول أو الإعلان :

أما بعد نفاذ الحوالة بالقبول أو الإعلان ، فإن الحال لــــه يصبح هو الدائـــن بالحق المحال به ، ويصبح المحيل أجنبياً بالنسبة للمحال عليه ، فلا يســـتطيع أن يقتضـــى منه هذا الحق ، ولا أن يتصرف فيه تصرفاً نافذاً فى مواجهـــته ، كما لا يستطيع دائنوه أن يحجزوا على الحق المحال به تحت يد المحال عليه ، لأن هذا الحق لم يعد مملوكاً لمدينهم [2].

الفصـل الرابـع

آثـار حـوالة الحـق بعـوض فـى العلاقـة بـين المحـال له والغـير

٢٨٣ – ســبق الذكر[3] – فى بداية دراسة نفاذ حوالة الحق قبل الغير – أن

---

(١) أ.د السـنهورى: فقــرة ٢٩٧ ، ص ٥٣٥ ، ٥٣٦ ، أ.د محمــود جـــال الديـــن زكـــى: فقــرة ١٦٧ ، ص ١٨٥ ، أ.د ســمير تـنـاغو: فقرة ٣٥٨ ، ص ٤٨٧ ، أ.د عـبد المجـيد الحكـيم: فقــرة ٦٧٤ ، ص ٣٧٩ ، أ.د جلال محمد إبراهيم: فقرة ٢٨٧ ، ص ٤٨٠.

(٢) أ.د السـنهورى: فقــرة ٢٩٨ ، ص ٥٣٦ ، ٥٣٧ ،أ.د محمــود جمـــال الديـــن زكـــى: فقــرة ١٦٧ ، ص ١٨٥ ، ١٨٦ ، أ.د ســمير عـبد السـيد تـناغو: فقرة ٣٥٨ ، ص ٤٨٨ ، أ.د عـــبد المجـــيد الحكـــيم: فقــــرة ٦٧٦ ، ص ٣٨٠ ، أ.د جلال محمد إبراهيم: فقرة ٢٨٧ ، ص ٤٨٠.

(٣) ينظر آنفاً: فقرة ٢٦٦ من هذه الرسالة .

المقصود بالغير فى حوالة الحق كل من اكتسب على المحال به حقاً يتعارض وحق المحال له ، وهذا الغير – كما سبق أن رأينا – إما أن يكون محالاً له ثانياً ، أو دائناً للمحيل الذى أعلن إفلاسه أو إعساره ، أو دائناً للمحيل حجز على الحق المحال به تحت يد المحال عليه ، كما سبق أن رأينا ـ أيضاً ـ أن حوالة الحق تكون نافذة فى مواجهة الغير إذا أعلن بها المدين ، أو قبلها قبولاً ثابت التاريخ .

والمشكلات التى تثيرها العلاقة بين المحال لـه والغير هى تزاحم المحال لـه مع أحد الأشخاص الذين يعدون من الغير ، وسألقى بصيصاً من ضوء على تزاحم المحال له مع كل واحد من هؤلاء ، وذلك فيما يأتى:

٢٨٤ – أولاً : تزاحم المحال لـه مع محال لـه آخر :

قد يحدث أن يحول الدائن حقه الثابت فى ذمة المدين (المحال عليه) إلى شخص آخر ، ثم يقوم بحوالته إلى شخص ثالث ، أو حتى رابع ، فمن من هؤلاء المحال لهم يقدم على غيره فى هذه الحالة ؟

أجابت المادة ٣١٣ من القانون المدنى على هذا التساؤل بقولها : " إذا تعددت الحوالة بحق واحد فضلت الحوالة التى تصبح قبل غيرها نافذة فى حق الغير ".

ووفقاً لهذه المادة فإن الذى يفضل هو الذى يصير حقه نافذاً أولاً قبل الغير ، إما بإعلان المدين بها ، أو بقبوله إياها قبولاً ثابت التاريخ بغض النظر عن وقت انعقاد الحوالة ، وعلى ذلك فقد تفضل حوالة نشأت أخيراً على حوالة نشأت أولاً إذا ما كانت الحوالة المتأخرة أسبق فى النفاذ[1].

---

(١) أ.د سمير تناغو: فقرة ٣٥٩ ، ص ٤٨٨ ، أ.د السنهورى: فقرة ٣٠١ ، ص ٥٤٣. أ.د توفيق حسن فرج: ص ١٦١ ، أ.د إسماعيل غانم: فقرة ١٩٧ ، ص ٣٦٥. أ.د عبد المجيد الحكيم: فقرة ٦٧٩ ، ص ٣٨٢ ، أ.د حسام الأهوانى: ٣٤١ ، ٣٤٢. أ.د محمود جمال الدين زكى : فقرة ١٧٠ ، ص ١٨٧ ، أ.د أحمد سلامة : فقرة ١٦٦ ، ص ٢٠٥ ، أ.د سليمان مرقس: فقرة ٣١٠، ص ٦٥١ ، أ.د فتحى عبد الرحيم: دروس فى أحكام الالتزام فقرة ٢٤٢ ، ص ٢٩٣ الناشر مكتبة الجلاء الجديدة بدون تاريخ .

ولكــن ينــبغى فـــى هده الحالة ألا يكون هناك غش أو تواطؤ على الإضرار بحقوق المحال له الأول ، لأن الغش يفسد التصرفات[١].

٢٨٥ – ثانياً : تزاحم المحال لـه مع دائنى المحيل الذى شهر إعساره:

يعد تاريخ نفاذ الحوالة فى مواجهة الغير هو الفيصل فى التزاحم بين المحال له ، ودائنى المحيل الذى شهر إعساره .

فإذا أعلنت الحوالة إلى المحال عليه ، وقبلها قبولاً ثابت التاريخ قبل شــهر إعســار المحــيل كانت الحوالة نافذة فى مواجهة دائنى هذا الأخير ، وخلص الحق المحال به للمحال له.

أما إذا شهر إعسار المحيل قبل إعلان الحوالة ، أو قبولها قبولاً ثابت التاريخ ، ولو بعد إبرام الحوالة ، فإن دائنى المحيل يعدون غيراً بالنسبة لهذه الحوالــة ، ولا تكــون نافذة فى مواجهتهم ، بحيث يظل الحق المحال به فى الضمان العام لهؤلاء الدائنين [٢].

وممــا تجدر ملاحظته أن العبرة فى نفاذ الحوالة فى مواجهة دائنى المحــيل المعســر أو عدم نفاذها ليست بتاريخ الحكم الصادر بشهر إعسار المحــيل ، وإنما بتاريخ تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، لذلك يتعين لتكون الحوالة نافذة فى مواجهة دائنى المحيل ، أن تكون قد أعلنت إلى المحال عليه أو قبلها قبولاً ثابت التاريخ قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار[٣].

٢٨٦ – ثالثاً : تزاحم المحال لـه والدائـن الحاجـز :

لا يكون هناك نزاع حقيقى بين المحال لــه والدائن الحاجز إذا ما تم هــذا الحجــز بعد أن أصبحت الحوالة نافذة فى مواجهة الغير ، إما بإعلان المدين (المحال عليه) بها، أو بقبوله إياها قبولاً ثابت التاريخ ، إذ أن الحجز

---

(١) أ.د أحمــد ســلامة: الموضــع نفســه ، أ.د توفــيق حسن فرج: الموضع نفسه. أ.د إسماعيل غانم : الموضع نفسه.

(٢) أ.د الســنهورى: فقــرة ٣٠٠ ، ص ٥٤٢ ، أ.د محمــود جمــال الديــن زكــى: فقرة ١٦٩ ، ص ١٨٦ ، أ.د عبد المجيد الحكيم: فقرة ٦٧٨ ، ص ٣٨١.

(٣) أ.د محمود جمال الدين زكى: فقرة ١٦٩ ، ص ١٨٦ ، ١٨٧.

– فى هذه الحالة – يعد باطلاً لانعدام محله ، لأن الدائن يكون قد أوقع حجزه علـــى حـــق ليس لمدينه ، إذ أن هذا الحق قد انتقل بمجرد نفاذ الحوالة إلى المحال له[1].

٢٨٧ – ولكـــن قد يحدث أن يوقع دائن المحيل الحجز على الحق المحال به قبل أن تصبح الحوالة نافذة فى حق الغير بإعلان المدين بها ، أو بقبوله إياها قـــبولاً ثابت التاريخ ، كما قد يحدث أن يوقع دائن المحيل الحجز على الحق المحـــال بـــه قـــبل أن تصبح الحوالة نافذة فى حق الغير ، ثم بعد أن تصبح الحوالة نافذة فى حق الغير يوقع دائن آخر حجزاً ثانياً على الحق المحال به ، فتكون الحوالة بين حجزين ، وسوف ألقى بعض الضوء على حكم كل حالة من هاتين الحالتين ، وذلك فيما يأتى :

٢٨٨ – ١ – **التزاحم بين الدائن الحاجز والمحال له** : إذا أوقع دائن المحيل الحجـــز علـــى الحـــق المحال به قبل أن تصبح الحوالة نافذة فى حق الغير بإعلان المدين بها ، أو بقبوله إياها قبولاً ثابت التاريخ ، فإن هذا الحجز يعد حجزاً صحيحاً منتجاً لآثاره ، وذلك لأنه أوقع على الحق المحال به فى وقت كـــان لا يـــزال فيه مملوكاً للمحيل ، وتعد الحوالة التى تأخر نفاذها فى حق الغير بأحد هذين الإجراءين بمثابة حجز ثان[2] ، وهذا ما قررته المادة ٣١٤/ ١ الـــتى تنص على أنه: " إذا وقع تحت يد المحال عليه حجز قبل أن تصبح

---

(١) أ.د عـــبد الحـــى حجـــازى: فقـــرة ١٦٢ ، ص ١١١ ، أ.د محمـــود جمال الدين زكـــى: فقـــرة ١٧١ ، ص ١٨٧ ، أ.د أحمـــد ســـلامة: فقرة ١٦٦ ، ص ٢٠٦ ، أ.د الســـنهورى: فقـــرة ٣٠٣ ، ص ٥٤٦ ، أ.د إســـماعيل غـــانم: فقرة ١٩٧ ، ص ٣٦٥ ، ٣٦٦. أ.د توفـــيق حســـن فـــرج: ص ١٦٢ ، أ.د فـــتحى عـــبد الرحـــيم: فقـــرة ٢٤٥ ، ص ٢٩٥. أ.د ســـمير عـــبد الســـيد تناغو: فقرة ٣٦٠ ، ص ٤٨٩ ، أ.د جلال العدوى ، ص ١٨٦.

(٢) أ.د الســـنهورى: فقـــرة ٣٠٤ ، ص ٥٤٦ ، أ.د عـــبد الحـــى حجـــازى: فقـــرة ١٦٢ ، ص ١١١. أ.د أحمـــد ســـلامة: فقـــرة ١٦٦ ، ص ٢٠٦ ، أ.د ســـليمان مـــرقس: فقـــرة ٣١٠ ، ص ٦٥٢. أ.د إســـماعيل غـــانم: فقرة ١٩٧ ، ص ٣٦٦ ، أ.د توفـــيق حســـن فـــرج: ص١٦٢. أ.د ســـمير عبد السيد تناغو: فقرة ٣٦٠ ، ص ٤٨٩ ، أ.د فتحى عبد الرحيم: فقرة ٢٤٥ ، ص ٢٩٥.

الحوالـــة نافذة فى حق الغير ، كانت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حجز آخــر " .

ولما كان المبدأ المقرر هو المساواة بين الدائنين الحاجزين ، لا فرق فى ذلك بين حاجز متقدم وحاجز متأخر ، فإن المحال لـــه المتأخر باعتباره حاجــزاً متأخراً يكون على قدم المساواة مع الدائن الحاجز المتقدم ، وبالتالى يقسم مال المحيل بينهما قسمة غرماء ، فإذا وفى ما للمحيل عند المحال عليه بحـــق الدائن الحاجز ، والحوالة ، أخذ كل منهما كامل حقه ، وإن لم يوف ، قســم هــذا المـــال قسمة غرماء[1] " فلو كان حق الحاجز مائتين، والحوالة بـــثلاثمائة ، ولـــم يوجد عند المحال عليه للمحيل إلا أربعمائة، أخذ الحاجز خمســى هذا المبلغ أى: مائة وستين، وأخذ المحال له ثلاثة الأخماس الباقية، أى مائتين وأربعين[2].

٢٨٩ – ٢ – التزاحم بين الدائن الحاجز الأول ، والمحال له، والدائن الحاجز الـــثانى أو الحوالة بين حجزين : ولكن ما الحكم إذا أوقع دائن المحيل حجزا علـــى الحق المحال به قبل أن تصبح الحوالة نافذة فى مواجهة الغير، ثم بعد صـــيرورتها نافذة فى مواجهة الغير أوقع دائن آخر للمحيل حجزا آخر على ذات الحق المحال به ؟ .

لقد اختلفت الحلول التى قيلت فى هذا الشأن[3] ، ولكن القانون المدنى قد حسم الخلاف، ووضع لهذه الحالة حكما فى المادة ٢/٣١٤ التى تنص على أنـــه : " وفى هذه الحالة [4] إذا وقع حجز أخر بعد أن أصبحت الحوالة نافذة فـــى حق الغير فإن الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال لـــه ، والحاجز المـــتأخر قســمة غـــرماء ، على أن يؤخذ من حصة المتأخر ما يستكمل به

---

(١) أ.د السـنهورى: فقـــرة ٣٠٤ ، ص ٥٤٧ ، أ.د ســـمير تـــناغو: الموضـــع نفسه. أ.د توفـــيق حســـن فـــرج : الموضـــع نفسه ، أ.د عبد المجيد الحكيم: فقرة ٦٨٠ ، ص ٣٨٢.

(٢) أ.د السنهورى: فقرة ٣٠٤ ص ٥٤٧.

(٣) ينظر فى تعداد بعض هذه الحلول: أ.د سليمان مرقس: ص ٦٥٣هامش ٨٠.

(٤) أى فى حالة توقيع حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة فى حق الغير .

المحـــال له قيمة الحوالة " ووفقاً لهذا الحل الذى اختارته هذه المادة إذا كان للمحيل لدى المحال عليه ٤٠٠٠جنيه، حول منها ٢٠٠٠جنيه، وقبل أن تصبح الحوالـــة نافذة فى حق الغير أوقع دائن المحيل على الحق المحال به تحت يد المحـــال علـــيه حجزا بمبلغ ٣٠٠٠جنيه ، ثم بعد نفاذ الحوالة فى حق الغير أوقع دائن آخر حجزا آخر على الحق المحال به تحت يد المحال عليه بمبلغ ٣٠٠٠جنيه، ففى هذه الحالة يقسم مبلغ الدين بين الثلاثة قسمة غرماء، بنسبة ٣ : ٢ : ٣ ، فـــيكون للحاجز الأول ١٥٠٠جنيه، وللمحال لـــه ١٠٠٠جنيه، وللحاجـــز الثانى ١٥٠٠جنيه ثم يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يكمل به حـــق المحـــال لـــه ، فيكون التوزيع النهائى على النحو التالى: ١٥٠٠ جنيه للحاجز الأول، ٢٠٠٠جنيه للمحال له ، ٥٠٠جنيه للحاجز الثانى [١].

٢٩٠ – المقـارنـة بيـن الفـقه الإسلامى والقانـون المـدنى :

ذكرت فيما سبق أن أقرب النظم القانونية إلى بيع الدين لغير المدين هـــو إما تجديد الالتزام بتغيير الدائن، وإما حوالة الحق بعوض، وعلى ذلك فســأعقد مقارنـــة بيـــن عقـــد بيع المدين لغير المدين، وكل واحد من هذين النظامين :

٢٩١ – أولا: المقـــارنة بيـــن بيع الدين لغير المدين، وتجديد الالتزام بتغيير الدائـــن: إذا نظرنا إلى كل من بيع الدين لغير المدين، وتجديد الالتزام بتغيير الدائن، فإننا نجد أنهما يتفقان فى بعض الأمور ، ويختلفان فى بعضها:

* فهما يتفقان فى أن كلا منهما يتضمن تغييرا لشخص الدائن، ففى بيع الدين لغير المدين يتغير شخص الدائن، وكذلك الحال بالنسبة لتجديد الالتزام بتغيير الدائن.

كما يتفقان – أيضا – فى أنه يترتب على كل منهما زوال الدين القديم وانقضـــاؤه ، فـــلا تنتقل التأمينات التى كانت مقررة له إلى الدين الجديد إلا بالاتفاق على ذلك.

---

(١) أ.د محمـــود جمـــال الديـــن زكـــى: فقرة ١٧٣ ص ١٨٩، وفى المعنى ذاته: أ.د عـــبد الحـــى حجـــازى: فقـــرة ١٦٢ ص ١١٢، أ.د أحمـــد ســـلامة فقرة ١٦٦، ص٢٠٧.

جـــاء فى حاشية الدسوقى على الشرح الكبير: "وأعلم أن من اشترى ديـــنا... وكان برهن ، أو حميل، لم يدخل فيه الرهن، أو الحميل، إلا بشرط دخولهما [(١)] ...".

ومـــثل هـــذا الحكم قررته المادة ٢/٣٥٦ التى تنص على أنه : "ولا ينتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التى كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأصلى إلا بـــنص فـــى القـــانون ، أو إلا إذا تبين من الاتفاق ، أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك".

* وإذا كان بيع الدين لغير المدين يتفق مع تجديد الالتزام بتغيير الدائن فـــيما تقدم، إلا أنهما يختلفان فى أن تجديد الالتزام بتغيير الدائن يشترط فيه رضاء الأطراف الثلاثة (الدائن القديم – الدائن الجديد – المدين) إعمالا لنص المـــادة ٣٥٢ ثالـــثاً التى تنص على أن يتجدد الالتزام "بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين، وأجنبى على أن يكون هذا الأجنبى هو الدائن الجديد".

أما فى بيع الدين لغير المدين فلا يشترط رضاء المدين بالبيع، وإنما يكفى إقراره بالدين[(٢)].

جـــاء فـــى الموطأ: " قال مالك: لا ينبغى أن يشترى دين على رجل غائب ولا حاضر، إلا بإقرار من الذى عليه الدين " [(٣)].

<u>٢٩٢</u> – **ثانياً** : المقـــارنـــة بيـــن بيـــع الدين لغير المدين ، وحوالة الحق بعـــوض : كذلك إذا نظرنا إلى كل من بيع الدين لغير المدين، وحوالة الحق بعوض نجدهما متفقين فى بعض الأمور، ومختلفين فى بعضها :

* فهما يتفقان فى أن كلا منهما يتضمن تغييراً لشخص الدائن ، ففى بيع الديـــن لغير المدين يتغير شخص الدائن، وكذلك الحال بالنسبة لحوالة الحق بعوض .

---

(١) جـــ٣، ص٦٣.

(٢) الشـــرح الكبـــير للدرديـــر وحاشـــية الدسوقى عليه جـــ٣، ص٦٣، الشرح الصغير للدرديـــر جـــــ٣، ص ٣٥ شـــرح الخرشـــى على مختصر خليل جـــ٥، ص ٧٧، أســـنى المطالـــب جـــــ٢، ص٨٥، مغـــنى المحتاج جـــ٢، ص٧١ نهاية المحتاج جـــ٤، ص ٩٢.

(٣) موطأ مالك بهامش المنتقى شرح الموطأ للباجى جـــ٥، ص٧٦.

كذلـــك يتفق كل من بيع الدين لغير المدين وحوالة الحق بعوض فى أنه لا يشترط لانعقادهما رضاء المدين .

ففـــى بـــيع الدين لغير المدين لا يشترط رضاء المدين بالبيع، وإنما يكفى فقط إقراره بالدين[1] .

ولعـــل الهـــدف من اشتراط إقرار المدين بالدين هو منع أية منازعة يمكـــن أن تحدث بين الدائن الجديد والمدين تتعلق بثبوت الدين أو بمقداره أو نحو ذلك[2].

وفـــى حوالة الحق بعوض لا يشترط – أيضا – لانعقاد الحوالة رضاء المدين بالحوالة ، وذلك لأنه ليس طرفا فيها، ولأن انتقال الحق المحال به من دائـــن إلـــى دائـــن لا يترتب عليه ضرر يحيق بالمدين ، إذ إنه فى – الأعم والأغلب – يستوى لديه أن يطالبه شخص أو آخر بالدين الذى فى ذمته[3].

وإذا كـــان القـــانون لم يشترط لانعقاد الحوالة رضاء المدين، إلا أنه اشترط لنفاذها فى حقه أن يكون قد قبلها أو أعلن بها [4].

هـــــذا : وإذا كان بيع الدين لغير المدين، وحوالة الحق بعوض يتفقان فيما تقدم ، إلا أنهما يختلفان فى أن بيع الدين لغير المدين لا ينتقل فيه الدين بتأمينه إلى المشترى بمجرد العقد، وإنما تنتقل هذه التأمينات إذا اتفق المتعاقدان على انتقالها [5].

أمـــا فى حوالة الحق بعوض، فإن الحق المحال به ينتقل من المحيل إلـــى المحال إليه، بتوابعه وملحقاته، وتأميناته وضماناته، وسائر الدفوع التى كان يستطيع المدين أن يتمسك بها فى مواجهة المحيل وقت نفاذ الحوالة . [6]

---

(١) المراجع السابقة: المواضع نفسها.

(٢) الدكتور محمد نجم الدين الكردى فى رسالته السابقة: ص١٧٨.

(٣) ينظر آنفا: فقرة ٢٥٨ من هذه الرسالة .

(٤) يراجع فقرة ٢٦٢ وما بعدها من هذه الرسالة.

(٥) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ٣، ص ٦٣.

(٦) أ.د عـــبد الفـــتاح عـــبد الـــباقى: فقـــرة ١٨٣ ص ٢٠٧، أ.د عبد الحى حجازى: فقـــرة ١٦٧ ص ١١٥، أ.د احمـــد ســـلامة: فقـــرة ١٦٣ ص ٢٠٣، أ.د سليمان مرقس فقرة ٣٠٣ ص ٦٣٩، أ.د جلال العدوى: ص ١٨١.

الباب الثاني

التصرف فى الديون من قبل الدائن بمعاوضة غير البيع فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

ويشتمل على ثلاثة فصول :

الفصل الأول : التصرف فى الديون بالمقاصة فيها فى الفقه الإسلامى والقانو ن المدنى .

الفصل الثانى : التصرف فى الديون برهنها فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الفصل الثالث : التصرف فى الديون بالمضاربة بها فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

الفصل الأول

التصرف فى الديون بالمقاصة فيها فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

ويشتمل على مباحث ثلاثة :

المبحث الأول : بيان حقيقة المقاصة فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المبحث الثانى : أنواع المقاصة فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المبحث الثالث : آثار المقاصة فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الفصل الأول

التصرف في الديون بالمقاصة فيها في الفقه الإسلامي والقانون المدني

تمهيد وتقسيم :

كثيراً ما يقع في المعاملات أن يكون أحد الأشخاص دائناً لغيره بدين ، وفي الوقت نفسه يكون مديناً له بدين من جنسه وصفته ، وذلك كما لو كان لمحمد على أحمد دين مقداره مائة جنيه ، وكان لأحمد على محمد دين مقداره مائة وخمسون جنيهاً ، ففي هذه الحالة يتساقط الدينان بقدر الأقل منهما ، وعملية التساقط هذه تسمى " المقاصة " (١) .

ولبيان هذه المعاملة ينبغي أن ألقي بعض الضوء على حقيقتها ، وأنواعها ، وآثارها ، وذلك في مباحث ثلاثة :

المبحث الأول : بيان حقيقة المقاصة في الفقه الإسلامي والقانون المدني .

المبحث الثاني : أنواع المقاصة في الفقه الإسلامي والقانون المدني .

المبحث الثالث : آثار المقاصة في الفقه الإسلامي والقانون المدني .

---

(١) قرب ذلك : أ . د / صبحي محمصاني : النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية : جـ ٢ ص ٣٠٠ طبعة سنة ١٩٤٨م ، أ . د / محمد سلام مدكور ، المقاصة في الفقه الإسلامي فقرة ٢٠ صـ ٢٢ ، الطبعة الأولى سنة ١٣٧٦هـ/١٩٥٦م .

المبحث الأول

بيان حقيقة المقاصة فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٢٩٣ – ويشتمل على مطلبين :

المطلب الأول : تعريف المقاصة وبيان مشروعيتها فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المطلب الثانى : طبيعة المقاصة فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى.

المطلب الأول

تعريف المقاصة وبيان مشروعيتها فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٢٩٤– ويشتمل على فرعين :

الفرع الأول : تعريف المقاصة فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الفرع الثانى : مشروعية المقاصة فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الفرع الأول

تعريف المقاصة فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٢٩٥ – ويشتمل على غصنين :

الغصن الأول : تعريف المقاصة فى الفقه الإسلامى .

الغصن الثانى : تعريف المقاصة فى القانون المدنى .

* المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الغصن الأول

تعريف المقاصة فى الفقه الإسلامى

٢٩٦– **أولاً : معنى المقاصة فى اللغة :**

تأتى مادة (قصص) ويراد بها عدة معان أهمها ما يأتى :

١– فقد تأتى بمعنى القطع ، يقال : " قص الشعر ، والصوف ، والظفر

يقصه قصاً ... قطعه ... وقصاصة الشعر : ما قص منه . "[1]

٢- وقد تأتى بمعنى تتبع الأثر ، يقال : قصصت الشيء إذا تتبعت أثره شيئاً بعد شيء ، ومنه قوله تعالى : ﴿ وَقَالَتْ لِأُخْتِهِ قُصِّيهِ... ﴾[2] أى : اتبعى أثره .[3] وقوله تعالى : ﴿ ... فَارْتَدَّا عَلَى آثَارِهِمَا قَصَصاً ﴾[4] أى : رجعا من الطريق الذى سلكاه يقصان الأثر .[5]

٣- وقد تأتى بمعنى البيان ، ومنه قوله تعالى : ﴿ نَحْنُ نَقُصُّ عَلَيْكَ أَحْسَنَ الْقَصَصِ ... ﴾[6] أى : نبين لك أحسن البيان .[7]

٤- وقد تأتى بمعنى المساواة ، و منه القصاص ، وهو أن يفعل به مثل فعله من قتل ، أو قطع ، أو ضرب ، أو جرح[8] ، وقاصه : أى : كان له دين مثل ما على صاحبه ، فجعل الدين فى مقابلة الدين .[9]

٢٩٦- ثانياً : تعريف المقاصة فى الفقه الإسلامى :

لا يخرج المعنى الفقهى للمقاصة عن معناها اللغوى مع ضميمة الخصائص الفقهية إليه ، لهذا لم يعن أكثر الفقهاء بإيراد تعريف لها ، مكتفين بإيراد شروطها وأحكامها[10] .

وإذا كان أكثر الفقهاء لم يورد تعريفاً للمقاصة، إلا أن علماء المالكية،

---

(١) لسان العرب : جـ ١١ ص، ١٩٠ مادة (قصص) و أيضاً : القاموس المحيط : باب الصاد فصل القاف مادة (قص) جـ ٢ صـ ٣١١ ، مختار الصحاح مادة (ق ص ص) صـ ٢٤٩ طبعة دار المنار بدون تاريخ ، المعجم الوجيز : مادة (قص) صـ ٥٠٤ .

(٢) سورة القصص من الآية رقم ١١ .

(٣) لسان العرب جـ ١١ صـ ١٩٠ .

(٤) سورة الكهف من الآية رقم ٦٤ .

(٥) القاموس المحيط جـ ٢ صـ ٣١١ ، لسان العرب جـ ١١ صـ ١٩١ .

(٦) سورة يوسف من الآية رقم ٣ .

(٧) لسان العرب جـ ١١ صـ ١٩٠ .

(٨) المرجع السابق جـ ١١ صـ ١٩٢ .

(٩) المعجم الوجيز : صـ ١٩٢ .

(١٠) أ . د محمد سلام مدكور ، المرجع السابق ص ٨ ، فقرة ٢ .

وبعض الفقهاء قد ذكروا عدة تعريفات لها سأقتصر على ذكر بعض منها :

- فعــرفها ســيدى أحمد الدردير[1] بأنها : " إسقاط مالك من دين على غريمك فى نظير ماله عليك بشروطه " [2] .
- وعــرفها ابــن سلمون [3] من المالكية بأنها : " أن يكون لكل واحد منهما حق قبل الآخر ، من جنس واحد ، فيذهبان إلى الاقتطاع "[4] .
- وعــرفها ابــن عبد السلام [5] التسولى من المالكية بأنها : " تطارح المتداينيــن دينهما المتفق الجنس على أن يأخذ كل منهما ما فى ذمته

---

(١) الدرديــر : هــو العلامــة الكبــير ســيدى أحمد بن محمد بن أحمد الدردير ، أبو الــبركات ، مــن كــبار فقهــاء المالكــية بمصــر ، ولــد فى بنى عدى من قرى محافظــة أســيوط ، تعلــم بالأزهــر وارتقــى حــتى تولى الفتية ، بل صار شيخ أهــل مصــر بأســرها فــى وقــته ، لـــه مؤلفــات كثيرة منها : (شرح على مختصــر خلــيل) و (أقــرب المســالك وشــرحه) توفــى –رحمه الله سنة ١٢٠١هـــ . يــنظر شــجرة الــنور الزكــية ص ٢٥٩ ، حلية البشر فى تاريخ القــرن الثالــث عشــر ، طــبعة دار صــادر بيروت ، الطبعة الثانية ١٤١٣هـ/ ١٩٩٣م ، الأعلام للزركلى جـ ١ ص ٢٤٤ .

(٢) الشرح الكبير على مختصر خليل جـ ٣ صـ ٢٢٧ .

(٣) ابــن ســلمون : هــو الإمــام أبــو محمــد عبد الله بن على بن سلمون الكنانى ، فقــيه مــالكى متــبحر فــى كثــير مــن الفنون لــه كتب كثيرة ، منها : (الشافى فــيما وقــع مــن الخــلاف بيــن التبصــرة والكافى) و (العقد المنظم للحكام) توفــى رحمــه الله ــ شــهيداً فــى موقعــة طريف سنة ٧٤١هـ . ينظر : شجة النور الزكية صـ ٢١٤ ، الأعلام جـ ٤ صـ ١٠٦ .

(٤) العقــد المــنظم للحكــام فــيما يجرى بين أيديهم من العقود والأحكام جـ ١ صـ ٢٦ وهــو مطــبوع بهــامش تبصــرة الحكام لابن فرحون طبعة المطبعة العامرة الأشرفية ط الأولى سنة ١٣٠١هـ .

(٥) ابــن عــبد الســلام التســولى : هــو علــى بــن عبد السلام بن على أبو الحسن التســولى ، فقــيه مــن علمــاء المالكــية ، تســولى الأصل والمولد ، نشأ بفاس ، وولــى القضــاء بهــا ، ثــم بـــ(تطوان) و غيرها ، لــه مؤلفات كثيرة منها : (الــبهجة فــى شــرح الــتحفة) (و شــرح مختصــر الشيخ بهرام) وغيرها ، توفــى ــ رحمــه الله ــ بفــاس ســنة ١٢٥٨هـــ . يــنظر : الأعــلام للزركلى جـ ٤ صـ ٢٩٩ ، معجم المؤلفين جـ ٧ صـ ١٢٢ .

فى مقابلة ما له فى ذمة صاحبه " [١] .

- وعرفها ابن القيم من الحنابلة بأنها : " سقوط أحد الدينين بمثله جنساً ، وصفة " [٢]
- وعرفها بعض الفقهاء المحدثين بأنها : " إسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه فى مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لهذا الغريم " [٣].

وبالنظر إلى هذه التعريفات يتضح أنها - وإن كانت - مختلفة فى اللفظ ، إلا أنها متفقة فى المعنى ، إذ إن معناها لا يكاد يخرج عن أن يكون هناك شخصان كل منهما دائن للآخر ومدين له فيسقط الدينان إن تساويا ، ويسقط من الأكثر بقدر الأقل إن تفاوتا .

الغصن الثانى
تعريف المقاصة فى القانون المدنى

٢٩٧ - لم يذكر القانون المدنى المصرى الحالى تعريفاً للمقاصة ؛ وذلك لأن " ... القوانين الوضعية الحديثة قد عدلت عما كان متبعاً قديماً من ذكر التعريفات فى القوانين ، وقالت : إن الأليق بالتعريفات أن تكون فى الشروح لا فى القوانين " [٤] .

وإزاء خلو القانون المدنى من تعريف للمقاصة ، كان لابد للفقه أن يضطلع بهذه المهمة ،و قد عرفها بعض الفقه بأنها : " انقضاء التزامين على شخصين نتيجة لكون كل واحد منهما مديناً ، ودائناً للآخر فى نفس الوقت " [٥] .

---

(١) البهجة فى شرح التحفة جـ ٢ صـ ٨٥ طبعة دار الكتب العلمية ــ بيروت ، الطبعة الأولى سنة ١٤١٨هـ/١٩٩٨م

(٢) إعلام الموقعين جـ ١ صـ ٣٢١ .

(٣) الشيخ أحمد أبو الفتح : كتاب المعاملات : مرجع سبق ذكره صـ ١٣٠ .

(٤) أ . د / محمد سلام مدكور : مرجع سبق ذكره صـ ٨ بالهامش .

(٥) أ . د / محمد لبيب شنب : أحكام الالتزام ــ مرجع سبق ذكره : فقرة ٢٠٩ صـ ٣٨٢ .

فالمقاصة نظام قانونى يفترض وجود شخصين كل واحد منهما دائن للآخر ومدين له فى نفس الوقت ، فينقضى الدينان فى حدود الأقل منهما . [1]

مثال ذلك : أن يقترض (محمد) مائة جنيه من (أحمد) ، ثم يشترى (أحمد) بضاعة بمائة جنيه من (محمد) دون أن يفى بثمنها ، ففى هذه الحالة يكون (محمد) مديناً لـ (أحمد) بمائة جنيه بناء على عقد القرض ، وفى الوقت نفسه يكون (أحمد) مديناً لـ (محمد) بناء على عقد البيع ، فبدلاً من أن يقوم (محمد) بإيفاء (أحمد) مائة جنيه قيمة القرض ، وأن يقوم (أحمد) بإيفاء (محمد) مائة جنيه ثمن البضاعة ، ينقضى الالتزامان بالمقاصة . [2]

ومثال ذلك ـ أيضاً ـ : أن يقترض (إبراهيم) مائة جنيه من (حسين) ثم يشترى (حسين) مجموعة من الكتب من (إبراهيم) بمائة وخمسين جنيهاً دون أن يفى بثمنها ، فهنا يكون (إبراهيم) مديناً لـ (حسين) بمائة جنيه ، ودائناً له بمائة وخمسين ، ويكون (حسين) مديناً لـ (إبراهيم) بمائة وخمسين جنيهاً ، و دائناً له بمائة ، فبدلاً من أن يفى (إبراهيم) لـ (حسين) بالمائة ويفى (حسين) لـ (إبراهيم) بالمائة والخمسين ، ينقضى الدينان بالمقاصة بقدر الأقل منهما وهو المائة ، ويبقى (حسين) ملتزماً بخمسين جنيهاً . [3]

---

(١) أ . د / عبد الفتاح عبد الباقى : المرجع السابق فقرة ٢٣٦ صـ ٢٥٤ ، أ . د محمود جمال الدين زكى : المرجع السابق : فقرة ٢٣٠ صـ ٢٤٠ ، ٢٤١ ، أستاذنا عبد الرازق حسن فرح : النظرية العامة للالتزام ـ الكتاب الثانى : أحكام الالتزام فقرة ٢٢٠ صـ ٢٠٦ سنة ١٩٩٣ـ ١٩٩٤م . أ . د / توفيق حسن فرج : رجع سبق ذكره صـ ٢٣٧ ، أ . د / جلال محمد إبراهيم : انقضاء الالتزام ـ مرجع سبق ذكره : فقرة ٧٣ صـ ١٢٩ .

(٢) أ . د / محمد لبيب شنب : المرجع السابق فقرة ٢٠٩ صـ ٢٣٥ .

(٣) أ . د / عبد الفتاح عبد الباقى : المرجع السابق فقرة ٢٣٦ صـ ٢٥٤ .

٢٩٨- **المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى :**

بعد ذكر تعريف المقاصة فى كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى يتضح اتفاق مفهومها فى كلا الفقهين ، فهى فى كلا الفقهين طريق من طرق استيفاء الدين ، وتتصور عندما يكون كل من الطرفين دائناً ومديناً للآخر فى نفس الوقت ، فيتساقط الدينان بقدر الأقل منهما ، فبدلاً من أن يدفع المدين الدين لدائنه يتخلص منه عن طريق اقتطاع قيمته من الحق الذى له على هذا الدائن (١) .

الفرع الثانى

مشروعية المقاصة فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٢٩٩ - ويشتمل على غصنين :

الغصن الأول : مشروعية المقاصة فى الفقه الإسلامى .

الغصن الثانى : مشروعية المقاصة فى القانون المدنى .

* المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى

الغصن الأول

مشروعية المقاصة فى الفقه الإسلامى

٣٠٠ - المقاصة ـ كطريق من طرق استيفاء الدين ـ مشروعة فى الفقه الإسلامى ، ويمكن أن يستدل على مشروعيتها بالقرآن الكريم ، والسنة النبوية ، والإجماع ، وآثار الصحابة ، والمعقول .

٣٠١- ١- **من القرآن الكريم :** يمكن أن يستدل على مشروعية المقاصة من القرآن الكريم بما يأتى :

---

(١) أ . د / صبحى محمصانى : المرجع السابق جـ ٢ صـ ٣٠٠ ، الشيخ أحمد أبو الفتح : المرجع السابق صـ ١٣٠ ، أ . د / محمد سلام مدكور : المرجع السابق صـ ٥ ، أ . د / عبد الفتاح عبد الباقى : المرجع السابق : الموضع نفسه .

(أ) قول الله ـ تعالى ـ : ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضاً فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ... ﴾ (١)

(ب) قوله الله ـ تعالى ـ : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا ﴾... (٢)

وجه الاستدلال من هاتين الآيتين : إن هاتين الآيتين تدلان على وجوب أداء الأمانات إلى أصحابها ، ومنها الديون ، و الوفاء بالديون كما يكون بالأداء يكون بغيره من طرق الوفاء كالمقاصة ، فكل دليل على أداء الأمانة والوفاء بالعقود والديون هو دليل على مشروعية المقاصة وجوازها.(٣)

٣٠٢ - ٢- من السنة النبوية : يمكن أن يستدل على مشروعية المقاصة من السنة ، بما روى عن أبي هريرة ـ ﷺ ـ قال : قال رسول الله ـ ﷺ ـ : " الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً ، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً ،و على الذى يركب ، ويشرب النفقة " (٤) .

وجه الاستدلال من الحديث : فقد جعل رسول الله ـ ﷺ ـ فى هذا الحديث ما ينفق المرتهن على الدابة المرهونة قصاصاً بالانتفاع بركوبها ، أو بشرب لبنها . (٥)

- وقد استدل الحنفية على مشروعية المقاصة من السنة بحديث ابن عمر ـ ﷺ ـ أنه قال لرسول الله ـ ﷺ ـ : " إنى أبيع الإبل بالبقيع ، فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم ... قال : " لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم يفترقا

---

(١) سورة البقرة من الآية رقم ٢٨٣ .

(٢) سورة النساء من الآية رقم ٥٨ .

(٣) الدكتور / يوسف حسين أحمد : المقاصة صـ ٢٢ وهى رسالة دكتوراه من كلية الشريعة والقانون سنة ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م .

(٤) أخرجه البخارى فى كتاب الرهن ـ باب الرهن مركوب وحلوب جـ ٢ صـ ٧٥٦ حديث رقم ٢٥١٢ ، وأبو داود كتاب البيوع باب فى الرهن جـ ٣ صـ ٢٨٦ حديث رقم ٣٥٢٦ وقال أبو داود : وهو عندنا صحيح ، والترمذى : كتاب البيوع باب ما جاء فى الانتفاع بالرهن جـ ٣ صـ ٥٤٦ حديث رقم ١٢٥٤ ، وقال أبو عيسى : هذا حديث حسن صحيح .

(٥) الدكتور / يوسف حسين أحمد : فى رسالته السابقة صـ ٤٠ .

وبينكما شيء " . [1]

وجــه الاســتدلال مــن الحـديــث : أن ابن عمر ــ ﷺ ــ لما باع الإبل بالدنانير ثبتت الدنانير ديناً فى ذمة المشترى ، ثم لما أخذ مكانها دراهم ثبتت الدراهم فى ذمته ، فالتقى الدينان قصاصاً ، وقد أجاز ﷺ ذلك [2] .

٣٠٣ - ٣- مــن الإجمــاع : أما من الإجماع ، فقد أجمعت الأمة على جواز المقاصة ومشروعيتها وقد نقل هذا الإجماع أبو جعفر الطبرى [3] ، فقال فى تفسـيره : " والجمــيع مجمعون على أن لأهل الحقوق الخيار فى مقاصتهم حقوقهم بعضها من بعض " [4] .

٣٠٤ - ٤- مــن الأثــر : ويمكن أن يستدل على مشروعية المقاصة من آثار الصحابة بما يأتى :

(أ) مــا روى عــن علــى بن أبى طالب ــ كرم الله وجهه ــ فى الرهن

---

(١) سبق تخريجه فقرة ١١٢ من هذه الرسالة .

(٢) يــنظر فــى اســتدلال الحنفــية بهذا الحديث على مشروعية المقاصة : العناية على الهدايــة للــبابرتى بهــامش شــرح فــتح القديــر والكفايــة ٦/٢٧٣ وفيه بعد أن ذكــر الحديــث : (أنــه يــدل علــى المقاصة) ــ وأيضاً ــ صـــ ٢٧٤ ، وفيه أن النــبى ــ ﷺ ــ : (جــوز المقاصــة فــى دين سابق بحديث ابن عمر ــ ﷺ ــ ... ...) ويــنظر ــ أيضــاً ــ : أ . د / محمــد ســلام مدكــور : المرجع الســابق فقــرة ٥ صـــ ١١ ، أ . د / وهــبة الزحــيلى : الفقه الإسلامى وأدلته جـــ ٦ صـــ ٤٤١٨ طــبعة دار الفكــر ــ بــيروت ــ الطــبعة الرابعة ســنة ١٤١٨هـــ/١٩٩٧م .

(٣) **أبــو جعفــر الطــبرى :** هــو الإمام محمد بن جرير بن يزيد الطبرى ، أبو جعفر ، ولــد فــى آمــل طبرســتان ، واستوطن بغداد ، كان إماماً فى فنون كثيرة منها : التفســير ، والحديــث ، والفقــه ، والــتاريخ ، وكــان مــن الأئمة المجتهدين لم يقلــد أحــداً ، ولــه مؤلفــات كثــيرة منها : (أخبار الرسل والملوك) و (جامع البــيان فــى تفســير القــرآن) و (اختلاف الفقهاء) وغيرها ــ توفى سنة ٣١٠ هـــ . يــنظر : تــاريخ بغــداد جـــ ٢ صـــ ١٩٢ ، وفيات الأعيان جـــ ٤ صـــ ١٩١ ، الأعلام جـــ ٦ صـــ ٦٩ .

(٤) تفســير الطــبرى : المســمى جــامع البــيان عــن تأويل آى القرآن جـــ ٢ صـــ ١٤٥ وهــو بصــدد تفســير الآيــة ١٧٨ مــن سورة البقرة ، طبعة دار الفكر ــ بيروت ، سنة ١٤١٩هـــ/١٩٩٨م .

يهلك ، قال : يتراجعان الفضل ، أى سقط ما تساويا من قيمة الدين والرهن قصاصا .[1]

(ب) استفتى رجل ابن عباس — رضى الله عنهما — فقال له : أقرضت سماكاً خمسين درهماً ، وكان يبعث إلى من سمكه ؟ فقال له ابن عباس : حاسبه ، فإن كان فضل فرد عليه ، وإن كان كفافاً فقاصصه .[2]

وجه الاستدلال فى هذين الأثرين : إن هذين الأثرين يدلان على مشروعية المقاصة ، وذلك لأنها لو كانت غير مشروعة لما أفتى بها على ، وابن عباس لكنهما — رضى الله عنهما — فعلا ذلك ، فكان ذلك دليلاً على مشروعيتها .

٣٠٥- ٥- **من المعقول** : ويمكن أن يستدل على مشروعية المقاصة من المعقول بأن مطالبة شخص لمدينه بدين هو مدين له بمثله ، فيأخذه ثم يرده إليه لا فائدة منه ، لما فيه من العبث ، واللغو [3]، ومن أوصاف المؤمنين الإعراض عن اللغو ، قال تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ عَنِ اللَّغْوِ مُعْرِضُونَ ﴾ [4] .

---

(١) المحلى جـ ٨ ص ٩٦ مسألة رقم ١٢١٤.

(٢) المحلى جـ ٨ ص ٨٦ مسألة رقم ١٢٠٧ ، السنن الكبرى للبيهقى : كتاب البيوع — باب كل قرض جر نفعاً فهو ربا جـ ٥ ص ٥٧٢ رقم ١٠٩٣١ ، إعلاء السنن للعثمانى : أبواب البيوع — باب : كل قرض جر نفعاً فهو ربا جـ ١٤ ص ٥٧٢ رقم ٤٨٧١ طبعة دار الكتب العلمية — بيروت الطبعة الأولى سنة ١٤١٨هـ — ١٩٩٧م .

(٣) العزيز شرح الوجيز جـ ١٣ ص ٥٣٨ ، روضة الطالبين جـ ١٢ ص ٢٧٣ ، أسنى المطالب جـ ٤ ص ٤٩٣ ، شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص ٢٢٤ ، كشف القناع جـ ٣ ص ٣١٠ ، وينظر أيضاً فى نقل ذلك : أ.د محمد سلام مدكور : المرجع السابق فقرة ٤ ص ١١ ، أ.د وهبة الزحيلى : المرجع السابق جـ ٦ ص ٤٤ ، د/ يوسف حسين أحمد : المرجع السابق ص ٤٦ .

(٤) سورة المؤمنون آية رقم ٣ .

الفصـل الثـانـي

مشـروعيـة المقاصـة فـي القـانون المـدني

٣٠٦ - وإذا كانـــت المقاصة مشروعة في الفقه الإسلامي ، فهي مشروعة أيضـــاً فـــي القوانين الوضعية ومنها القانون المدني المصري ، إذ قد نظم المشـــرع الوضعي أحكام المقاصة القانونية في المواد من ٣٦٢ إلى ٣٦٩ ، وذلـــك فـــي الفصل الثاني [١] من الباب الخامس [٢] من الكتاب الأول[٣] من القســـم الأول [٤] من القانون المدني ، كما أن شراح القانون المدني قد تكلموا عـــن المقاصة الاختيارية أو الاتفاقية ، والمقاصة القضائية ، الأمر الذي يدل على مشروعية المقاصة قانوناً .

٣٠٧ - المقـارنة بيـن الفقـه الإسلامي والقـانون المـدني :

يتضـــح ممـــا تقدم أن المقاصة مشروعة في كلا الفقهين الإسلامي والوضـــعي ، وهـــي وإن كانـــت مشروعة فيهما إلا أن مصدر المشروعية يخـــتلف فـــي الفقـــه الإسلامي عنه في القانون الوضعي فالمقاصة في الفقه الإســـلامي مصـــدرها شريعة سماوية ، بينما هي في القوانين الوضعية من وضع البشر . [٥]

---

(١)الخاص بانقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء .

(٢) الخاص بانقضاء الالتزام .

(٣) الخاص بالالتزامات بوجه عام .

(٤)الخاص بالالتزامات أو الحقوق الشخصية .

(٥) يقـــول الشـــهيد عـــبد القـــادر عودة في بيان الفرق بين الشريعة والقانون : (ووجه الخطـــأ فـــي قـــياس الشـــريعة بالقـــانون أنهـــم سووا بين القوانين الوضعية التي وضـــعها البشـــر ، وبيـــن الشـــريعة الإســـلامية التي تكفل بوضعها خالق البشر ، فهـــم حيـــن يقيســـون إنمـــا يقيســـون الأرض بالسماء والناس برب الناس ، فكيف يســـتوي فـــي عقـــل عـــاقل أن يقـــيس نفسه بربه ، وأرضه بسمائه ؟!) ينظر : التشـــريع الجـــنائي الإســـلامي مقارنـــاً بالقـــانون الوضعي جـــ ١ ص ١٣ طبعة دار التراث بدون تاريخ .

المطلب الثانى

طبيعة المقاصة فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٣٠٨ – ويشتمل على فرعين :

الفرع الأول : طبيعة المقاصة فى الفقه الإسلامى .

الفرع الثانى : طبيعة المقاصة فى القانون المدنى .

* المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الفرع الأول

طبيعة المقاصة فى الفقه الإسلامى

٣٠٩- اختلف الفقهاء فى طبيعة المقاصة إلى ثلاثة آراء :

٣١٠- **الرأى الأول :** وهو للحنفية [1] ، والإمام مالك [2] ، والإمام الشافعى [3] ، ويرون أن المقاصة تعد طريقاً من طرق قضاء الديون ، وليس من بيع الدين بالدين .

---

(١) غير أن الحنفية يرون أنها ليست فقط وسيلة من وسائل قضاء الديون بل يرونها الوسيلة الوحيدة لذلك . ينظر : الأشباه والنظائر لابن نجيم : ص ٣٥٤ وفيه : أن إيفاء الدين واستيفاءه : (لا يكون إلا بطريق المقاصة عند أبى حنيفة ــ رحمه الله ــ مثاله : إذا اشترى ثوباً بعشرة دراهم صار الثوب ملكاً له ، وحدث بالشراء فى ذمته عشرة دراهم ملكاً للبائع ، فإذا دفع المشترى عشرة إلى البائع وجب مثلها فى ذمة البائع ديناً ، وقد وجب للبائع على المشترى عشرة بدلاً عن الثوب ، ووجب للمشترى على البائع مثلها بدلاً عن المدفوعة إليه ، فالتقيا قصاصاً) .

(٢) المدونة جـ ٩ ص ١٤١ ، وفيها : (.. (قلت) : فإن حل أجل الطعامين الذى لى على صاحبى ، والذى له على فتقاصصنا ، وذلك من قرض ، أيجوز ذلك فى قول مالك ؟ قال : نعم . (قلت) : ولم جوزته إذا حل الأجل أو لم يحل ؟ (قال) : لأنه ليس هاهنا بيع الدين بالدين ، وإنما هو قضاء قضاه كل واحد منهما صاحبه من دين عليه قد حل ، أو لم يحل) .

(٣) الأم جـ ٨ ص ٧٦٣ رقم ٢٨٥٢٥ ، وفيه : (ولو كانت كتابته دنانير ، ودينه على سيده دنانير حاله ، فأراد أن يجعل كتابته قصاصاً بمثلها ، جاز ، لأنه حينئذ غير بيع ، إنما هو مثل القضاء) .

٣١١- **الرأى الثانى** : وهو لجمهور المالكية [١]، والشافعية [٢]، وجمهور الحنابلة [٣]، ويرون أن المقاصة مستثناة من بيع الدين بالدين للمعروف . [٤]

٣١٢- **الرأى الثالث** : وهو للإمامين ابن تيمية وابن القيم من الحنابلة ، ويرون أن المقاصة تعد من بيع الدين بالدين ، إلا أنها من بيع الدين الساقط بالدين الساقط ، وهو جائز لا شىء فيه ، لأن لكل منهما غرضاً صحيحاً ، ومنفعة مطلوبة ، إذ تبرأ ذمة كل منهما ، ولاشك أن براءة الذمة أمر مطلوب لكلا المدينين . [٥]

٣١٣- **الترجيح** :

والذى يترجح عندى ـ والله أعلم بالصواب ـ هو الجمع بين الرأى القائل بأنها طريق لقضاء الديون أو استيفائها (الرأى الأول) ، والرأى القائل بأنها من بيع الدين بالدين (الرأى الثالث) ، ذلك أن المقاصة فيها استيفاء ومعاوضة ؛ لأن كلاً من المدينين يأخذ حق صاحبه الذى فى ذمته عوضاً عن حقه الذى فى ذمة صاحبه ، فيكون بذلك قد استوفى دينه الذى عليه ، وفى نفس الوقت عاوض عنه .

فثبت أن المقاصة تضمنت معنى البيع ، وهو المعاوضة ، كما تضمنت معنى القضاء والاستيفاء ، فإذا كان الدينان متماثلين من جميع النواحى فيغلب جانب القضاء والاستيفاء ، فتعطى أحكامه ، وإذا لم يكونا كذلك فيغلب جانب البيع والمعاوضة فتعطى أحكامه من الرضا والتراضى ،

---

(١) شرح الزرقانى على مختصر خليل جـ ٥ ص ٢٣٠ وفيه : (... وهى ـ أى المقاصة ـ مستثناه من بيع الدين بالدين بالمعروف ..) وأيضاً : حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٢٢٩ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ، ص ٣٥٧ .

(٣) شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص ٢٢٤ .

(٤) شرح الزرقانى على مختصر خليل جـ ٥ ص ٢٣٠ وفيه : (... وهى ـ أى المقاصة ـ مستثناه من بيع الدين بالدين بالمعروف ..) وأيضاً : حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٢٢٩ .

(٥) إعلام الموقعين جـ ٢ ص ٩ .

أما وصفها بأنها قضاء فقط ، أو بيع فقط ، فمجانب للصواب . [1]

الفرع الثانى
طبيعة المقاصة فى القانون المدنى

٣١٤- تعد المقاصة فى القانون المدنى طريقاً للوفاء بالدين عندما يصبح المدين دائناً لدائنه ، حيث ينقضى بقدر الأقل منهما .

فالمقاصة طريق انقضاء خاص بالالتزامات المتبادلة ، ينقضى بها الالتزامان المتقابلان بطريقة سلسة ومبسطة ، وذلك لأنها تقضى الدينين فى وقت واحد دون أن يدفع أى مدين من المدينين إلى دائنه شيئاً إلا من كان دينه أكبر فيدفع لدائنه ما يزيد به هذا الدين على الدين الآخر ، وبذلك يقتصد المدين من نفقات الوفاء ، ولا يتجشم عناء إخراج النقود ، أو غيرها من المثليات ، وإرسالها للدائن ، وما ينطوى عليه ذلك من مخاطر وتبعات ، ومن ثم كان للمقاصة شأن كبير فى المعاملات التجارية التى تقوم على السرعة فى التعامل ، والتوفير فى النفقات . [2]

وإذا كانت المقاصة وسيلة من وسائل الوفاء بالدين فى القانون المدنى ، فهى ـ أيضاً ـ أداة ضمان ، وذلك لأن الدائن الذى يستوفى حقه من الدين الذى فى ذمته لمدينه ، إنما يختص بهذا الدين الذى ذمته دون غيره من دائنى المدين ، فيستوفى حقه منه متقدماً عليهم جميعاً ، فهو وإن كان دائناً عادياً ،

---

(١) د يوسف حسين أحمد فى رسالته السابقة ص ٨٢ .

(٢) وخير مثال على ذلك : ما يتم فى مجال الوفاء بقيمة الشيكات بين المصارف عن طريق غرف المقاصة ، وأيضاً : فى مجال الحساب الجارى ، حيث تقع المقاصة بين الحساب الدائن ، والحساب المدين ، ثم يقع التجديد لما تبقى من رصيد .

ينظر : أ.د عبد الرزاق السنهورى : فقرة ٥٢٥ ص ٨٧٤ ، ٨٧٥ ، أ.د عبد الحى حجازى : فقرة ٢١١ ص ٢٠٧ ، أ.د سليمان مرقس : فقرة ٣٩١ ص ٧٩٧ ، أ.د عبد المجيد الحكيم : فقرة ٨٥٧ ص ٤٧٨ ، ٤٧٩ ، أ.د حسام الأهوانى : ص ٤٧٩ ، ٣٨٠ ، أ.د فتحى عبد الرحيم فقرة ٣٢٢ ص ٣٨٢ ، أ.د جلال محمد إبراهيم : انقضاء الالتزام ـ مرجع سبق ذكره : فقرة ٧٣ ص ١٣٠ .

إلا أنـــه فـــى حكم الدائن المرتهن ، أو الدائن صاحب حق الامتياز ، والدين الـــذى فـــى ذمته فى حكم المال المرهون المخصص لوفاء حقه [1] ، وبذلك تمثل المقاصة حالة من الحالات التى يتمتع فيها الدائن العادى بميزة الأولوية فى غير الحالات المنصوص عليها صراحة . [2]

٣١٥ – المقـارنة بيـن الفقـه الإسـلامى والقـانون المـدنى :

بعـــد عـــرض طبـــيعة المقاصة فى كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنـــى يتضح تشابههما فى هذا الأمر ، حيث إنها فى كل منهما وسيلة من وســـائل الوفاء بالدين ، فتنقضى بها الديون المتقابلة إذ يفترض فيها وجود شخصين كل واحد منهما دائن للآخر ومدين لـــه فى نفس الوقت ، فينقضى الدينان فى حدود الأقل منهما .

المبحث الثانى

أنـواع الـمـقـاصـة فـى الـفـقـه الإسـلامـى والـقـانون الـمـدنـى

٣١٦- ويشتمل على مطلبين :

المطلب الأول : أنواع المقاصة فى الفقه الإسلامى .

المطلب الثانى : أنواع المقاصة فى القانون المدنى .

* المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

---

(١) أ.د عـبد الـرزاق السـنهورى : فقـرة ٥٢٥ ص ٨٧٤ ، أ.د عبد الحى حجازى : فقـرة ٢١١ ص ٢٠٨ ، أ.د عـبد الفـتاح عـبد الـباقى : فقرة ٢٣٧ ص ٢٥٥ ، أ.د توفـيق حسـن فـرج : ص ٢٣٧ ، أ.د محمـد لبيـب شـنب ، فقرة ٢٠٩ ص ٢٣٦ .

(٢) أ.د محمـود جمـال الديـن زكـى : فقـرة ٢٣٠ ص ٢٤١ ، أ.د جـلال محمد إبراهيم : المرجع السابق : الموضع نفسه .

المطلب الأول

أنـواع المقاصة فـى الفقـه الإسـلامى

٣١٧- تقسـيم :

أعطـــى الشـــارع الحكـيم للمتداينين حق التقاص بين دينيهما إذا ما توافرت الشروط وانتفت الموانع ، وهذه المقاصة قد تحدث دون رضا أى من طرفيها ، وهذه تسمى (بالمقاصة الجبرية) ، وقد تحدث برضا واحد معين مـــن الطرفين ، وتسمى بالمقاصة الطلبية ، وقد لا تحدث إلا برضا الطرفين معاً ، وهذه تسمى (بالمقاصة الاتفاقية) .

وعلى ذلك فالمقاصة ــ فى الفقه الإسلامى ثلاثة أنواع :

- **النوع الأول** : المقاصة الجبرية .
- **النوع الثانى** : المقاصة الطلبية .
- **النوع الثالث** : المقاصة الاتفاقية .

وســـألقى بعـــض الضوء على كل نوع من هذه الأنواع ، ثم أطرح تساؤلاً عن مدى وجود المقاصة القضائية فى الفقه الإسلامى، وذلك فيما يلى:

٣١٨ – النـوع الأول : المقاصة الجـبريـة :

المقاصـــة الجبرية : هى تلك المقاصة التى تحدث بنفسها بين دينين متماثليـــن جنســـاً ، وصـــفة ، وحلولاً ، وتأجيلاً ، ولا تتوقف على تراضى الطرفين ولا على طلب أحدهما .[1]

مـــثال ذلـــك : أن يقترض شخص من آخر نقوداً ، أو شيئاً يثبت فى الذمـــة كالمثليات ، ثم يبيع المقترض لدائنه سلعة بثمن معجل من جنس الدين الذى عليه ، فتقع المقاصة بين هذين المدينين بمجرد ثبوت الدين الثانى جبراً علـــى الطرفين ، ولا تتوقف على تراضيهما ، ولا على طلب من أحدهما ،

---

(١) أ.د وهـــبة الزحـــيلى : المـــرجع الســـابق جـــ ٦ ص ٤٤١٩ ، وفى المعنى ذاته : أ.د محمـــد ســـلام مدكـــور : المـــرجع الســـابق فقـــرة ٢٠ ص ٢٢ ، الأستاذ الشـــيخ علـــى حســـب الله : الولايـــة علـــى المـــال والتعامل بالدين : مرجع سبق ذكره ص ١٣٦ ، الشيخ أحمد أبو الفتح : مرجع سبق ذكره ص ١٣١ .

وفــى هــذه الحالة يتساقط الدينان إذا كانا متساويين فى المقدار ، وإن تفاوتا سقط من الأكثر بقدر الأقل ، وبقيت الزيادة . [1]

وقــد قــال بهذا النوع من المقاصة جمهور الفقهاء من الحنفية [2] ، والمالكية [3] والشافعية [4] والحنابلة [5] .

---

(١) أ.د محمـد سـلام مدكـور : الموضـع نفسـه ، أ.د وهـبة الزحيلى : الموضع نفسه .

(٢) البحر الرائق جـ ٦ ص ١٧٨ وفيه : (فإن وجب ــ أى الدين ــ بالقبض كالغصب والقرض فإنه يصير قصاصاً ، جعلاه أولاً ... إذا تساوى الدينان) وينظر أيضاً : حاشية الطحطاوى على الدر المختار جـ ٣ ص ١٤٠ ، الفتاوى الأنقروية جـ ١ ص ٣١١ .

(٣) المدونة جـ ١٥ ص ٣٨١ وفيها : (قلت : أرأيت المكاتبة تلد ولداً فى كتابتها فيقتله السيد؟ (قال) سمعت مالكاً يقول فى مكاتب كاتبه سيده فشجه موضحة (قال مالك) أرى أن يقاص له من آخر كتابته نصف عشر قيمته ، فمسألتك فى مثل ، هذا أن السيد يغرم قيمة الولد ، فإن كان فيه وفاء بالكتابة كان قصاصاً ، وإن كان فيه فضل عن الكتابة أخذت الأم من فضل القيمة قدر مورثها من ذلك) .
ويرى أ.د محمد سلام مدكور أن المالكية لا يقولون بالمقاصة الجبرية التى تقع بنفسها ، ولا يقولون إلا بالمقاصة الطلبية ، أو المقاصة الاتفاقية ، على أساس أنهم يقولون : إن المقاصة جائزة وهذا يعنى أنها مأذون فى الإقدام عليها، فلا تقع هى بنفسها . ينظر : كتاب فضيلته سابق الذكر : فقرة ٢١ ص ٢٥ ، فقرة ١١٣ ص ١٠٧ .

(٤) جاء فى اختلاف العراقيين فى الأم جـ ٩ ص ٩٠ مسألة رقم ٤٧٢ : (قال الشافعى ــ رحمه الله ــ (وإذا كان لرجل على رجل مال ، وله عليه مثله لا يختلفان فى وزن ولا عدد ، وكانا حالين معاً فهو قصاص) ، أسنى المطالب جـ ٤ ص ٤٩٣ ، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمى جـ ٤ ص ٣٩٦ ، حاشية الجمل على شرح المنهج جـ ٨ ص ٦٠١ ، طبعة دار الكتب العلمية ببروت ، الطبعة الأولى سنة ١٤١٧هـ ١٩٩٦م .

(٥) الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف جـ ٥ ص ١١٨ وفيه : (من ثبت له على غريمه مثل ماله عليه قدراً ، وصفة ، وحالاً ، ومؤجلاً ، فالصحيح فى المذهب أنهما يتساقطان ، أو يسقط من الأكثر قدر الأقل ...) كشاف القناع جـ ٣ ص ٣١٠ ، شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص ٢٢٤ ، الفروع لابن مفلح جـ ٤ ص ١٩١ ، المحرر فى الفقه على مذهب الإمام أحمد لمجد الدين ابن تيمية جـ ١ ص ٣٣٨ الناشر دار الكتاب العربى ــ بيروت بدون تاريخ .

٣١٩- **شروط المقاصة الجبرية** : لكى تقع المقاصة الجبرية لابد من توافر الشروط الآتية :

٣٢٠- **الشرط الأول** : تلاقى الحقين أو الدينين أو تقابلهما : يشترط لوقوع المقاصة الجبرية تلاقى الدينين ، أو تقابلهما ، وذلك يعنى أن يكون كل من طرفيها دائناً ومديناً للآخر فى نفس الوقت : فإذا لم يتلاق الدينان لم تقع المقاصة ، كما لو كان لمحمد على محمود ألف جنيه ، ولمحمود على إبراهيم ألفاً أيضاً ، ولإبراهيم على محمد ألفاً كذلك ، ففى هذا المثال ليس لمحمد أن يقاص إبراهيم بما عليه لمدينه محمود ، وليس لإبراهيم أن يقاص محمود بما عليه لمدينه محمد ، وليس لمحمود أن يقاص إبراهيم بما عليه لمدينه محمد ، وذلك لعدم تلاقى الدينين فى جميع هذه الأحوال ، لأن كلاً من المتقاصين ليس دائناً للآخر ، ومديناً له . [1]

٣٢١- **الشرط الثانى** : أن يتماثل الدينان فى القدر وزناً أو عدداً : يشترط لوقوع المقاصة أن يتماثل الدينان فى القدر وزناً ، أو عدداً فإذا اختلفا قدراً ، ودخل المتقاصان على إلغاء الزائد لم تقع المقاصة ، ولو حل ديناهما ، وذلك لوجود ربا الفضل فى هذه الحالة . [2]

٣٢٢- **الشرط الثالث** : أن يتحد الدينان فى الجنس [3] والنوع :

---

(١) أ.د محمد سلام مدكور : المرجع السابق فقرة ٢٠ ص ٢٢ .

(٢) شرح الخرشى على مختصر خليل جـ ٥ ص ٢٣٤ ، الشرح الكبير للدردير جـ ٣ ص ٢٢٨ ، ٢٢٩ ، البحر الرائق جـ ٦ ص ١٧٨ ، تبيين الحقائق جـ ٤ ص ١٣٩ ، ١٤٠ ، الوجيز للغزالى جـ ١٤ ص ٥٣٧ وهو مطبوع ضمن كتاب العزيز شرح الوجيز للرافعى ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٣١٠ ، شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص ٢٢٤ .

(٣) اختلاف الجنس عند الحنفية يكون باختلاف الأصل كلحم البقر مع لحم الضأن وباختلاف المقصود كشعر الماعز وصوف الغنم ، أو بتبديل الصفة كالحنطة والخبز المتخذ منها ، فإذا اتحد الشيئان أصلاً ، ومقصداً ، ولم تتغير الصفة كانا من جنس واحد ، وبمثل ذلك قال الشافعية .

أما المالكية : فاتحاد الجنس عندهم مبنى على استواء المنفعة أو تقاربها فالقمح والشعير جنس واحد لتقاربهما ، والتمر والقمح جنسان . ---

ويشترط ـ أيضاً ـ للمقاصة الجبرية أن يتحد الدينان جنساً ونوعاً ، كمقاصة

--- وعند الحنابلة : الجنس ماله اسم خاص ، ويشمل أنواعاً ، وقد يكون النوع جنساً بالنظر لما تحته والجنس نوعا بالنظر لما فوقه ، ولا يؤثر اختلاف المقصد ، ولا تغير الصفة في اتحاد الجنس ، فدهن الورد ، ودهن الياسمين جنس واحد ، لأن أصلهما متحد . ينظر : شرح فتح القدير للكمال بن الهمام جـ ٦ ص ١٥٦، ١٥٧ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٣٣ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه جـ ٣ ص ٤٨ ، العدة شرح العمدة جـ ١ ص ٣٠٢ ، ٣٠٣ ، وأيضاً : أ.د محمد سلام مدكور ـ المرجع السابق : ص ٦٤ ، ٦٥ .

هذا في غير الدنانير والدراهم ، أما هما فجنسان مختلفان في ظاهر الرواية عند الحنفية ، وعند الشافعية والحنابلة ، ينظر : البحر الرائق ٢١٧/٦ ، وفيه : (إذا اختلف الجنس وتقاصا ، كأن يكون له عليه مائة درهم ، وللمديون مائة دنيار عليه ..) وأيضاً : حاشية رد المحتار على الدر المختار جـ ٥ ص ٢٦٦ وفيه : (وإذا اختلف الجنس وتقاصا كما لو كان له عليه مائة درهم ، وللمديون مائة دينار عليه ..) الفتاوى الأنقروية جـ ١ ص ٣١١ وفيها: (رب الدين إذا ظفر بجنس حقه من مال المديون على صفته ، فله أخذه بغير رضاه .. ولا يأخذ خلاف جنسه كالدرهم والدنانير ..) الحاوى الكبير للماوردى جـ ٨ ص ٢٤٣ ، وفيه : (وإن كانا ـ أى الدينين ـ من جنسين ... مثل أن تكون نجوم المكاتب دراهم وله على السيد دنانير ، فلا يجوز أن يتقاصا ..) العزيز شرح الوجيز جـ ١٣ ص ٥٣٩ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٣١٠ ، شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص ٢٢٤ .

ويرى ابن أبي ليلى أنهما جنس واحد في باب المقاصة ، وهو اختيار بعض مشايخ الحنفية كأبي بكر الرازى ، ينظر : الفتاوى الأنقروية جـ ١ ص ٣١١ وفيها : (... وعن أبي بكر الرازى له أخذ الدنانير بالدراهم ، وكذا الدراهم بالدنانير استحساناً لا قياساً ...) .

أما المالكية : فإنهم وإن اعتبروا الدنانير والدراهم جنساً واحداً ، إلا أنهم لم يشترطوا اتحاد الجنس لوقوع المقاصة ، بل يجوزونها مع اختلافه . ينظر : حاشية العدوى على شرح الخرشي جـ ٥ ص ٢٣٣ ، البهجة شرح التحفة جـ ٢ ص ٨٤ .

والراجح : هو رأى من ذهب إلى أن الدنانير والدراهم جنس واحد في المقاصة ... ويأخذ حكم الدنانير والداهم الأوراق النقدية التي يعمل بها الآن . ينظر : أ.د محمد سلام مدكور فقرة ٧٢ ص ٦٨ ، أ.د وهبة الزحيلي : جـ ٦ ص ٤٤٢١ .

عشرة دنانير أميرية بعشرة مثلها ، فإن اختلفا نوعاً ، واتحدا جنساً ، كدنانير محمدية ويزيدية أو اختلفا جنساً ، فلا تقع المقاصة الجبرية .

واشتراط اتحاد الجنس لوقوع المقاصة الجبرية هو ما ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[1] ، والشافعية [2] ، والحنابلة . [3] .

٣٢٣ – **الشرط الرابع : اتحاد الدينين في الوصف** : اشترط الفقهاء لوقوع المقاصة الجبرية ألا يتفاوت الدينان فى الوصف [4] ، بحيث إذا تفاوتا وصفاً منع ذلك من وقوع المقاصة جبراً عنهما .

والفقهاء عندما يشترطون الاتحاد فى الصفات ، إنما يريدون الصفات التى يؤدى اختلافها إلى اختلاف فى القيمة والانتفاع [5] ، ولعل أهم هذه الصفات ما يأتى :

١- **الحلول والتأجيل** : ذهب جمهور الفقهاء من المالكية [6] ، والحنابلة [7]،

---

(١) البحر الرائق جـ ٦ ص ٢١٧ وفيه : (والدينان إذا كانا من جنسين لا تقع المقاصة بينهما ما لم يتقاصا ...) الفتاوى الأنقروية جـ ١ ص ٣١١ .

(٢) التهذيب للبغوى جـ ٣ ص ٤١٩ ، وفيه : (ولو كانا من جنسين ... لا يصير قصاصاً ...) العزيز شرح الوجيز جـ ١٣ ص ٥٣٩ .

(٣) الإنصاف جـ ٥ ص ١١٨ ، الفروع جـ ٤ ص ١٩١ .

أما المالكية فلا يشترطون هذا الشرط بل يجوزون المقاصة مع اختلاف الجنس . ينظر : حاشية العدوى على شرح الخرشي جـ ٥ ص ٢٣٣ ، البهجة شرح التحفة جـ ٢ ص ٨٤ .

(٤) البحر الرائق : الموضع نفسه ، الفتاوى الأنقروية : الموضع نفسه ، التهذيب للبغوى جـ ٣ ص ٤١٩ ، العزيز شرح الوجيز جـ ١٣ ص ٥٣٩ ، روضة الطالبين جـ ١٢ ص ٢٧٣ ، شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص ٢٢٤ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٣١٠ ، الإنصاف جـ ٥ ص ١١٨ .

(٥) أ.د محمد سلام مدكور : فقرة ٧٦ ص ٧١ ، أ.د وهبة الزحيلي جـ ٦ ص ٤٤٢٢ .

(٦) شرح الزرقاني على المختصر جـ ٥ ص ٢٣٠ ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٢٢٨ .

(٧) المغنى لابن قدامة جـ ١٢ ص ٣٨٧ رقم ٨٧٤٢ وفيه : (إن كان للسيد على المكاتب دين من الكتابة أو غيرها وللمكاتب على سيده دين ، وكانا حالين أو مؤجلين أجلاً واحداً تقاصا وتساقطا) وأيضاً : الشرح الكبير على متن المقنع جـ ١٢ ص ٣٨٧ وهو مطبوع أسفل المغنى السابق ، الفروع جـ ٥ ص ١٩١ ،والإنصاف جـ ٥ ص ١١٨ .

والشافعية [1] فى وجه عندهم إلى أنه يشترط لوقوع المقاصة جبراً بين دينى الغريمين حلول الدينين معاً ، أو اتفاقهما فى أجل الحلول إذا كانا مؤجلين ، فإذا كان أحدهما حالاً ، والآخر مؤجلاً فلا تقع المقاصة جبراً ، وذلك لفوات شرط التماثل فى الحلول والتأجيل ، وكذا الحال إذا كانا مؤجلين واختلف أجلهما .

بينما ذهب الحنفية [2] والشافعية [3] فى وجه آخر إلى أنه يشترط لوقوع المقاصة الجبرية أن يكون الدنيان حالين ، فإذا كانا مؤجلين ، سواء اتفقا فى الأجل أو اختلفا ، أو كان أحدهما حالاً والآخر مؤجلاً لم تقع المقاصة .

٢- **الجودة والرداءة** : ويشترط ـ أيضاً ـ لوقوع المقاصة الجبرية أن يتفق الدينان فى الجودة أو الرداءة ، فإذا كانا متفاوتين ، بأن كان أحدهما جيداً ، والآخر رديئاً فلا تقع المقاصة.[4]

٣- **القوة والضعف** : اشترط الحنفية ـ أيضاً ـ تماثل الدينين فى القوة والضعف ، فدين النفقة للزوجة لا يقع قصاصاً بدين للزوج عليهما إلا

---

(١) روضة الطالبين جـ ١٢ ص ٢٧٣ ، وفيه : (ولو كانا مؤجلين لأجل واحد ، فهل هما كالحالين ، أم كمؤجلين بأجلين مختلفين ؟ وجهان : أرجحهما عند الإمام الأول ..) وأيضاً : أسنى المطالب جـ ٤ ص ٤٩٣ ، حاشية الجمل على شرح المنهج جـ ٨ ص ٦٠١ .

(٢) البحر الرائق جـ ٦ ص ٢١٧ ، رد المختار على الدر المختار جـ ٥ ص ٢٦٦ ، وفيها : (ولا تقع المقاصة ما لم يتقاصا ، لو كان الدينان .. مؤجلين ، أو أحدهما حالاً ، والآخر مؤجلاً ..)

(٣) التهذيب للبغوى جـ ٣ ص ٤١٩ وفيه : (أما إذا كان الدينان مؤجلين . ينظر : إن كانا مؤجلين بأجل واحد قيل : هو كما لو كانا حالين ، والصحيح : أن حكمه حكم ما لو كانا مؤجلين بأجلين مختلفين ، أو أحدهما حال والآخر مؤجل ـ لا يصير قصاصاً ..) وأيضاً : العزيز شرح الوجيز جـ ١٣ ص ٥٣٩ ، روضة الطالبين جـ ١٢ ص ٢٧٣ .

(٤) البحر الرائق جـ ٦ ص ١٧٩ ، الفتاوى الأنقروية جـ ١ ص ٣١١ ، العزيز شرح الوجيز جـ ١٣ ص ٥٣٩ حاشية الجمل على شرح المنهج جـ ٨ ص ٦٠١ .

بالتراضى ، لأن دين النفقة أدنى . [1]

٣٢٤- الشـــرط الخامـــس : ألا يترتب عليها إلحاق ضرر بأحد : يشترط فى المقاصة الجبرية ألا يترتب على وقوعها إلحاق ضرر بأحد ، فإذا ترتب عليها إلحاق ضرر بأحد الطرفين ، أو بغيرهما لم تقع المقاصة . [2]

مثـــال ذلك : ما نص عليه الحنابلة من أنه : " لو تعلق بأحد الدينين حق كما لـــو باع الراهن الرهن لتوفية دين المرتهن ممن له عليه حق مثل الثمن الذى باعه به ، فلا مقاصة لتعلق حق المرتهن به ، وكما لو بيع بعض مال المفلس على بعض غرمائه بثمن فى الذمة من جنس ماله على المفلس ، فلا مقاصة لـــتعلق حـــق باقى الغرماء بذلك ، ومن عليها دين من جنس واجب نفقتها لم يحتســـب بـــه عليها من نفقتها مع عسرتها ، لأن قضاء الدين بما فضل عن النفقة .. " [3] .

٣٢٥- الشـــرط الســـادس : ألا يترتب عليها محظور دينى : ويشترط ــ أخيراً ــ فى المقاصة الجبرية ألا يترتب عليها محظور دينى ، كالافتراق قبل قبض رأس مال السلم ، فلا يجوز جعل رأس مال السلم قبل قبضة من المسلم قصاصاً بدين سبق وجوبه ، لما يترتب على ذلك من فوات شرط قبض رأس

---

(1) الـــبحر الـــرائق : الموضـــع نفســـه ، رد المختار على الدر المختار باب الصرف جــــ ٥ ص ٢٦٦ وفـــيه : (وديـــن الـــنفقة للـــزوجة لا يقع قصاصاً بدين للزوج علـــيها إلا بالتراضـــى ، بخـــلاف ســـائر الديـــون لأن ديـــن النفقة أدنى) الفتاوى الأنقـــروية : الموضـــع نفســـه ، وأيضـــاً : الأســـتاذ الشيخ أحمد أبو الفتح المرجع الســـابق ص ١٣١ ، أ.د شـــفيق شـــحاتة : الـــنظرية العامـــة للالـــتزامات فـــى الشـــريعة الإســـلامية فقـــرة ٨٧ ص ١١١ طـــبعة مطبعة الاعتماد ــ بدون تاريخ ، أ.د ســـلام مدكـــور : فقـــرة ٤٨ ص ٧٧ ، أ.د وهـــبة الزحـــيلى جــــ ٦ ص ٤٢٤٢٢ ، ٤٤٢٣ .

(2) أ.د محمـــد ســـلام مدكـــور : فقـــرة ١١٠ ص ١٠٤ ، أ.د وهـــبة الزحيلى جــ ٦ ص ٤٤٢٣ .

(3) كشـــاف القـــناع جــــ ٣ ص ٣١٠ . وايضـــاً : شرح منتهى الإرادات جــ ٢ ص ٢٢٤ الفـــروع جــــ ٤ ص ١٩١ ، ١٩٢ ، الإنصـــاف فـــى معـــرفة الراجح من الخلاف جــ ٥ ص ١١٨ .

مال السلم قبل التفرق من مجلس العقد[1] .

أو يترتـب علـيها : (صرف مستأخر) كما لو كان أحد الدينين ذهباً والآخر فضة ، وكانا مؤجلين ، أو كان أحدهما حالاً والآخر مؤجلاً .[2]

أو ترتـب علـيها (ضع وتعجل) أو (حط الضمان وأزيدك) ، أو (قـرض جـر نفعاً)[3] ، أو (بيع الطعام قبل قبضه) [4] ، فإذا ترتب على

---

(١) البحر الرائق جـ ٦ ص ١٧٩ ، تبيين الحقائق جـ ٤ص ١٤٠ ، المقدمات الممهدات لابن رشد جـ ٢ ص ٢٦ طبعة دار الغرب الإسلامى . الطبعة الأولى سنة ١٤٠٨ هـ ـ ١٩٨٨م ، الشـرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقى عليه جـ ٣ ص ١٩٥ ، التهذيب للبغوى جـ ٣ ص ٥٧٠ ، روضة الطالبين جـ ٤ ص ٣ ، كشاف القناع جـ ٣ص ٣٠٤ ، شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص ٢٢٠ ، ٢٢١ ، وايضاً : أ.د محمد سلام مدكور : فقرة ١٠٢ ص ٩٥ ، أ.د وهبة الزحيلى جـ٦ ص ٤٤٢٣ .

(٢) قوانيـن الأحكـام الشـرعية لابـن جـزى ص ٣٠٠ طـبعة عالم الفكر ، الطبعة الأولـى سـنة ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م ، شـرح الخرشى على مختصر خليل جـ ٥ ص ٢٣٤ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه جـ ٣ ص ٢٢٨ .

(٣) حاشـية الدسـوقى علـى الشـرح الكبـير حيـث جاء فيها فى معرض بيان حكم المقاصـة إذا كانـا عرضـين مختلفيـن فى الصفة جـ ٣ ص ٢٣٠ : (وحاصله : أن العرضـين المختلفيـن فـى الصـفة إذا اختلفا فى الأجل ، بأن كانا مؤجلين باجليـن مختلفيـن ، أو حـل أحدهمـا دون الآخر ، فإن كانا من بيع وكان الحال منهما أو الأقـرب حلـولاً أجـود ، أو أكـثر مـنع لمـا فيها من حط الضمان وأزيـدك ، وإن كـان الحـال أو الأقـرب حلولاً أدنى ، أو أقل فامنع أيضاً لما فـى المقاصـة حينـئذ مـن ضـع وتعجـل .. وأما إذا كانا من قرض : فإن كان الحـال أو الأقـرب حلـولاً أدنـى أو اقـل فامنع لما فيه من ضع وتعجل ، وإن كـان الحـال أو الأقـرب حلـولاً أجـود صـفة فأجـز .... فإن كان الحال أو الأقرب حلولاً أكثر فامنع لما فيه من سلف جر نفعاً

وأمـا إن كـان أحـد العرضـين مـن بـيع والآخر من قرض ... فإن كان الحال أو الأقـرب حلـولاً مـن بـيع فامـنع إن كـان أدنى صفة أو اقل قدراً ، لما فيه من ضـع وتعجـل ، وإن كـان أجـود صفة ، أو أكثر قدراً منع لما فيه من سلف جر نفعـاً ، إن كـان الحـال أو الأقـرب حلـولاً من قرض ، فإن كان ادنى صفة أو اقـل قـدراً مـنع لضـع وتعجـل ، وإن كان أكثر قدراً منع لما فيه من سلف جر نفعـاً ..) ويـنظر أيضـاً : حاشـية العـدوى علـى شـرح الخرشى ٢٣٥/٥ ، البهجة شرح التحفة ٨٨/٢ .

(٤) قوانيـن الأحكـام الشـرعية : ص ٣٠٠ ، وفـيها : (وإن كان الدينان طعاماً ... فـإن كانـا مـن بـيع لـم تجز المقاصة ، سواء حل الأجل أو لم يحل ، لأنه من بيع الطعام قبل قبضه ...) .

المقاصة أى من هذه المحظورات الشرعية وأمثالها ، فإنها لا تجوز . (١)

٣٢٦- النـوع الـثانى : المقاصـة الطـلبية :

تعـريفها : سـبق أن ذكرت أن الفقهاء قد اشترطوا لوقوع المقاصة جبراً بين الدينين أن يتماثل الدينان فى القدر ، والجنس ، والنوع ، والصفة ، والحلول والتأجيل ، فإن اختل شرط التماثل هذا فلا تقع المقاصة جبراً عنهما ، ولكـن إن رضى صاحب الدين الأفضل بالمقاصة فإنها تقع ، حتى ولو لم يرض بها الطرف الآخر ، وعلى ذلك يمكن تعريف المقاصة الجبرية الطلبية بأنهـا : المقاصة التى تقع برضا صاحب الدين الأفضل ، وتكون جبراً على الطرف الآخر .

وقـد قـال بهذا النوع من المقاصة جمهور الفقهاء من الحنفية (٢) ، والمالكية (٣) ، والشافعية(٤) ، والحنابلة . (٥)

---

(١) أ.د محمـد سـلام مدكـور : فقـرة ١١٠ ص ١٠٥ ، أ.د وهـبة الزحيلى : جـ ٦ ص ٤٤٢٥ .

(٢) الـبدائع جـ ٥ ص ٢٠٧ ، وفـيه : (فأمـا إذا تفاضـلا ــ أى الدينيـن ــ بأن كـان أحدهمـا أفضـل والآخـر أدون ، فرضى أحدهما بالقصاص وأبى الآخر ، فإنـه يـنظر : إن أبـى صـاحب الأفضـل لا يصـير قصاصـاً ، لأن حقه فى الجـودة معصـوم محـترم ، فـلا يجـوز إبطاله عليه من غير رضاه ، وإن أبى صـاحب الأدون يصـير قصاصـاً ، لأنـه لمـا رضـى به صاحب الأفضل فقد أسـقط حقـه عـن الفضـل كأنـه قضـى دينه ، فأعطاه أجود مما عليه ، وهناك يجبر على الأخذ ، كذا هذا) البحر الرائق جـ ٦ ص ١٧٦ ، ١٧٩ .

(٣) مواهب الجليل جـ ٤ ص ٥٤٩ ، ٥٥٠ ، شرح منح الجليل جـ ٣ ص٥٣.

(٤) الأم جـ ٨ ص ٧٨٦ مسـألة رقـم ٢٨٦٢١ وفـيه : (فـإن كـان ــ أى الذى حـرقه السـيد للعـبد ــ خـيراً أو شـراً من حنطته لم تكن قصاصاً حتى يرضى المكاتـب إذا كانـت الحـنطة المحـرقة خـيراً مـن الحنطة التى عليه أن يجعلها قصاصـاً ، أو يرضـى السـيد أن يجعلهـا قصاصـاً إذا كانت الحنطة التى حرق شراً من الحنطة التى له على المكاتب ..) .

(٥) المغـنى لابـن قدامـة فـى جـناية السيد على المكاتب : جـ ١٢ ص ٤٣١ رقم ٨٧٨٣ وفـيه : (وإن كـان ــ أى الأرش ــ مـن غـير جـنس مال الكتابة ، أو كـان الـنجم لـم يحـل ، يتقاصـا ، ويطالب كل واحد منهما بما يستحقه ... وإن رضـى المكاتـب بتعجـيل الواجـب لـه عما لم يحل من نجومه جاز إذا كان من جنس مال الكتابة) .

٣٢٧- **حالات المقاصة الطلبية** : ويمكن أن نتصور المقاصة الجبرية الطلبية فى الحالات الآتية :-

٣٢٨ – **اختلاف الدينين حلولاً وتأجيلاً** : - إذا اختلف الدينان فى الأجل بأن كان أحدهما حالاً ، والآخر مؤجلاً ، وطلب صاحب الدين المؤجل المقاصة فإنها تقع ، حتى ولو لم يرض بها صاحب الدين الحال(١) ، ولعل السبب فى وقوع المقاصة بطلب صاحب الدين المؤجل ، أنه بطلبه إياها صار مبطلاً للأجل وتاركاً للحق فيه ، ومتى بطل الأجل أصبح الدينان حالين ، فتقع المقاصة جبراً . (٢)

٣٢٩- **اختلاف الدينين جودة ورداءة** : إذا اختلف الدينان جودة ورداءة فرضى صاحب الدين الأجود بالمقاصة ، فإنها تقع برضائه ، سواء رضى صاحب الدين الأقل جودة أو لم يرض ، لأنه إذا تنازل صاحب الحق الأجود عن جودة دينه ، وطلب المقاصة صار الدينان متماثلين ، وبالتالى تقع المقاصة جبراً . (٣)

٣٣٠- **اختلاف الدينين قوة وضعفاً** : سبق أن ذكرت أن الحنفية اشترطوا لوقوع المقاصة جبراً بين المدينين أن يتماثل الدينان قوة وضعفا ، وعلى ذلك إذا كان أحد الدينين ضعيفاً ، والآخر قوياً ، وطلب صاحب الدين القوى

---

(١) حاشية العدوى على شرح الخرشى : جـ ٥ ص ٢٣٣ وفيها : (وأما إن اختلفا ، فإن طلبها من حل دينه فكذلك ــ أى يقضى بها ــ وإن طلبها من لم يحل دينه فللآخر أن يقول : أنا آخذ دينى لحلوله وأنتفع به فإذا حل دينك أعطيتك مالك ...) الأم جـ ٨ ص ٧٨٠ مسألة رقم ٢٨٥٩٣ وفيه (... فإذا بقى على المكاتب شىء من كتابته ، فجنى عليه السيد جناية يكون له عليه مثلها ، والكتابة حالة ، فشاء أن تكون قصاصاً فهى قصاص ، أيهما شاء ، وإن كانت الكتابة غير حالة لم تكن قصاصاً إلا أن يشاء المكاتب ذلك دون سيده) .

(٢) أ. د محمود سلام مدكور : ١١٩ ص ١١١ .

(٣) البدائع فى السلم جـ ٥ ص ٢٠٧ ، البحر الرائق جـ ٦ ص ١٧٨ ، ١٧٩ ، الفتاوى الأنقروية جـ ١ ص ٣١١ ، العزيز شرح الوجيز جـ ١٣ ص ٥٣٩ ، حاشية الجمل على شرح المنهج جـ ٨ ص ٦٠١ .

المقاصـــة ، فإنهـا تقــع بناء على طلبه ، وتكون جبراً على صاحب الدين الضعيف . [1]

٣٣١ - النوع الثالث :المقاصة الاتفاقية :

والمقاصـــة الاتفاقـية : هي تلك المقاصة التى تتم بتراضى الطرفين عليها عند اختلاف جنس الدينين ، ولم يشترط الفقهاء فى وقوع هذا النوع من المقاصـــة ســوى تراضى طرفيها عليها ، فإذا اتفقا عليها تساقط ديناهما إن تساويا فى القيمة ، وسقط من الأكثر بقدر الأقل إن تفاوتا . [2]

هـــــذا : ولا يحـد من حرية الطرفين على إجراء هذا النوع من المقاصة سوى أنه يترتب عليها محظور دينى . [3]

٣٣٢ - هـل توجـد مقاصـة قضـائية فى الفقـه الإسلامى ؟

مهمة القاضى هو الفصل فى الخصومات ، وقطع التنازع فى الحقوق ، وقضـــاؤه ــ فـــى غـــير أعماله الولائية ــ ليس إلا مظهراً للحق ، ومثبتاً لوجـــوده من قبل ، لا منشئاً له ، فإذا قضى القاضى بالمقاصة الجبرية ، أو

---

(١) البحر الرائق جـ ٦ ص ٢١٧ ، حاشية رد المحتار فى باب الصرف جـ ٥ ص ٢٦٦ ، الفتاوى الأنقروية جـ ١ ص ٣١١ .

(٢) جامع الفصولين جـ ١ ص ١٧٨ ، البحر الرائق جـ ٦ ص ٢١٧ ، رد المختار على الدر المختار جـ ٥ ص ٢٦٦ وفيه : (ولا تقع المقاصة ما لم يتقاصا لو كان الدينان من جنسين ...) الخرشى على مختصر خليل جـ ٥ ص ٢٣٣ ، شرح الزرقانى على المختصر جـ ٥ ص ٢٣١ ، اختلاف العراقيين من الأم جـ ٩ ص ٩٠ مسألة رقم ٤٧٢ وفيه : (... فإن كانا ــ أى الدينين ــ مختلفين لم يكن قصاصاً إلا بتراض ، ولم يكن التراضى جائزاً إلا بما تحل به البيوع) وأيضاً : أسنى المطالب جـ ٤ ص ٤٩٤ تحفة المحتاج جـ ٤ ص ٣٩٦ ، حاشية الجمل على شرح المنهج جـ ٨ ص ٦٠١ ، المغنى لابن قدامة جـ ١٢ص ٣٨٧ مسألة رقم ٨٧٤٢ ، وأيضاً : كشاف القناع جـ ٢ص ٢٢٤ ، شرح منتهى الإرادات جـ ٣ ص ٣١٠ .

(٣) أ.د محمود سلام مدكور : فقرة ١٢٦ ص ١١٧ ، أ.د وهبة الزحيلى : ٤٤٢٥/٦ . أ.د صبحى محمصانى : ٣٠١/٢ ، الشيخ أحمد أبو الفتح : ص ١٣١ .

بالمقاصة الطلبية الجبرية ، كان قضاءً بأن هناك مقاصة وقعت وترتبت عليها آثارها .

كما أنه إذا كان الدينان غير متماثلين ، بأن كانا مختلفين فى النوع ، فلا يملك القاضى أن ينشئ مقاصة بين الدينين ، وذلك لأن المقاصة تبادل ، وهو لا يملك إنشاء ذلك على طرفين لم يتفقا عليه ، أضف إلى ذلك أنه إذا اختلف الدينان فى الصفات وأبى صاحب الحق فى الوصف أن يبطل حقه وأن يطلب المقاصة ، فلا يملك القاضى أن يقضى عليه بهذه المقاصة ويبطل حقه فى الجودة ، أو فى الأجل ، أو فى القوة ، أو غير ذلك مما كان سبباً لامتناع المقاصة .

فطبيعة كل من المقاصة والقضاء فى نظر الفقه الإسلامى تأبى أن تكون هناك مقاصة قضائية ، أى مقاصة يوجدها القضاء فى جميع الأحوال . [1]

المطلب الثانى

أنواع المقاصة فى القانون المدنى

٣٣٣- المقاصة – فى القانون المدنى – إما قانونية ، وإما اتفاقية ، وإما قضائية ، ولما كان القانون المدنى قد عنى بالمقاصة القانونية ، فإننى سأبدأ الكلام عنها ، ثم أتكلم – بشىء من الإيجاز – عن المقاصة الاتفاقية أو الاختيارية ، والمقاصة القضائية ، وذلك فيما يأتى :

٣٣٤- **النوع الأول : المقاصة القانونية :**

المقاصة القانونية هى تلك المقاصة التى تقع بقوة القانون متى توافرت شروطها[2] ، بمعنى أنها تحدث أثرها منذ توافر شروطها ، وليس من وقت التمسك بها ممن له مصلحة فى ذلك ، أو من وقت الحكم بها ، ولا

---

(١) أ.د محمد سلام مدكور : فقرة ٣٠ ص ١٢٠ ، بتصرف يسير .

(٢) أ.د توفيق حسن فرج : ص ٢٣٧ ، أ.د جلال محمد إبراهيم : انقضاء الالتزام فقرة ٧٤ ص ١٣١ .

يملـــك القاضى إلا أن يحكم بها متى تحقق من توافر شروطها ويكون حكمه بذلك مقرراً ، وليس منشئاً . (١)

والمقاصـــة القانونـــية أهـــم أنـــواع المقاصة على الإطلاق ، بحيث تنصـــرف إلـــيها كلمـــة المقاصـــة عند إطلاقها مجردة ، وهى الوحيدة التى نظمهـــا القـــانون المدنـــى المصرى فى المواد ٣٦٢ إلى ٣٦٩ تحت عنوان المقاصة . (٢)

٣٣٥- **شـروط المقاصة القـانونيـة :**

ويشـــترط فـــى المقاصة القانونية أن تتوافر مجموعة من الشروط ، أهمها ما يأتى: -

٣٣٦ – **الشـــرط الأول : أن يكـــون الديـــنان متقابليـــن :** يجب لوقوع المقاصـــة القانونية أن يكون هناك دينان متقابلان ، ومعنى تقابل الدينين أن يكـــون كـــل من طرفى المقاصة دائناً للآخر ، ومديناً لـــه بشخصه فى ذات الوقـــت ، ويترتـــب على ذلك أنه لا تقع المقاصة إذا كان شخص ثالث دائناً لأحدهمـــا ، ومديناً للآخر ، أو كان أحد الشخصين دائناً بصفته الشخصية ، ومديناً بصفته وصياً أو وكيلاً ، كما لا تقع المقاصة بين دين للشركة فى ذمة أجنـــبى ، ودين لهذا الأجنبى فى ذمة أحد الشركاء ، إذ إن للشركة شخصية قانونـــية مستقلة عن شخصية أعضائها ،(٣) كما لا تقع المقاصة إذا لم يكن

---

(١) أ.د جلال محمد إبراهيم : المرجع السابق ــ الموضع نفسه .

(٢) أ.د عـــبد الـــرزاق الســـنهورى : المـــرجع الســـابق فقـــرة ٥٢٩ ص ٨٨٤ ، أ.د جلال محمد إبراهيم : المرجع السابق الموضع نفسه .

(٣) نقـــض مدنـــى فـــى ٢٢ أكـــتوبر ســـنة ١٩٣٦م وفـــيه : (إن المقاصة القانونية يشـــترط فـــيها أن يكـــون الديـــنان متقابليـــن بمعـــنى أن يكون كل من المتعاملين دائـــناً أصـــيلاً ، ومديـــناً أصـــيلاً للآخـــر ، وإذن فلا تجوز المقاصة فى دين على الوصـــى شخصـــياً لدائـــن القاصـــر المشـــمول بوصايته ... ولا فى دين مستحق علـــى الدائـــن لموكـــل المديـــن ، أو لكفـــيله ، ولا فـــيما لمديـــن الشركة قبل أحد الشـــركاء المســـاهمين ...) يـــنظر : مجموعـــة عمـــر جـــ ١ ص ١١٦٧ رقم ٣٧٩ ، وأيضـــاً : نقـــض مدنـــى فـــى ٢٣ ديســـمبر ١٩٨٢م وفيه : (أن من بين شـــروط تحقـــق المقاصـــة القانونـــية أن يكون الدينان متقابلين ، أى أن يكون كل مـــن طرفـــيها دائـــناً ومديـــناً للآخر بذات الصفة) ينظر : مجموعة أحكام النقض السنة ٣٣ رقم ٢٢٤ ص ١٢٣٩ .

التقابل بين الدينين فى ذات الوقت ، ويترتب على ذلك أنه إذا كان أحد الدائنين قد حول حقه إلى شخص آخر وبعد أن أصبحت الحوالة نافذة فى حق المدين ، أصبح المحيل (الدائن القديم) مديناً لمدينه ، فهنا لا تقع المقاصة بين الدين الذى كان للدائن المحيل وبين الدين الذى نشأ لمدينه ، لتخلف شرط التعاصر بين الدينين . [1]

٣٣٧- **الشرط الثانى : أن يكون الدينان متماثلين فى المحل :** لكى تقع المقاصة بقوة القانون لابد أن يكون الدينان متماثلين ، بأن يكون كل منهما نقوداً أو مثليات متحدة فى النوع والجودة .

وعلى ذلك : لا تقع المقاصة إذا كان أحد الدينين نقوداً والآخر من غير النقود ، أو إذا كانا من نوع واحد كقطن أو قمح مثلاً ، ولكنهما ليسا من صنف واحد كأن كان أحدهما قطناً طويل التيلة ، والآخر قطناً قصير التيلة ، بل لا تقع المقاصة إذا كان الدينان من نوع واحد ، وصنف واحد ، ولكنهما ليسا فى درجة واحدة من الجودة ، بان يكون أحدهما أعلى رتبة أو جودة من الآخر . [2]

---

(١) أ.د توفيق فرج : ص ٢٣٨ ، أستاذنا الدكتور عبد الرازق حسن فرج : مرجع سبق ذكره فقرة ٢٢١ ص ٢٠٧ ، أ.د جلال محمد إبراهيم : مرجع سبق ذكره فقرة ٧٧ ص ١٣٧ .

(٢) أ.د عبد الرزاق السنهورى : فقرة ٥٣٤ ص ٨٩٠ ، ٨٩١ ، أ.د عبد الفتاح عبد الباقى : فقرة ٢٣٨ ص ٢٥٦ ، أ.د عبد الحى حجازى : فقرة ٢١٩ ص ٢١٨ ، ٢١٩ ، أ.د محمود جمال الدين زكى : فقرة ٢٣١ ص ٢٤٢ ، أ.د توفيق حسن فرج : ص ٢٣٩ ، ٢٤٠ ، أ.د محمد لبيب شنب : فقرة ٢١١ ص ٢٣٧ ، أ.د جلال محمد إبراهيم : فقرة ٧٨ ص ١٣٨ ، ١٣٩ .

ومما تجدر الإشارة إليه أنه لا يمنع من وجود شرط التماثل بين الدينين أن يكون بينهما اختلاف فى السبب ، أو فى الشكل ، أو فى الضمانات ، أو فى الملحقات ، أو فى المقدار ، وعلى ذلك فتجوز المقاصة حتى ولو كان الدينان مختلفين فى السبب كما لو كان أحدهما ناشئاً عن عقد ، والآخر ناشئاً عن عمل غير مشروع ، أو كانا مختلفين في الشكل كما لو كان أحدهما ثابتاً فى سند رسمى ، والآخر ثابتاً فى سند عرفى ، أو كانا مختلفين فى الضمان كما لو كان أحدهما دينا عادياً والآخر مضمون بتأمين عينى ، أو كانا مختلفين فى المقدار كما لو كان أحد الدينين مقداره مائة ، والآخر ===

٣٣٨ - الشـــرط الثـــالـــث : أن يكـــون الدينان خاليين من النزاع :يجب لكى تقع المقاصة بقوة القانون أن يكوں كل مں الدينين خالياً من النزاع ، بأن يكـــون محققاً فى وجوده ، محدداً فى مقداره ، فلا تقع المقاصة إذا كان أحد الدينيـــن متـــنازعاً فـــيه ، كأن كان لدى المدين به منازعة جدية فى صحة التصـــرف الذى نشأ عنه ، أو كان غير معلوم المقدار ، كالتعويض عن فعل ضار قبل الحكم به . (١)

ويأخذ حكم الدين المتنازع فيه ، كل دين غير محقق الوجود ، كالمعلق على شرط واقف(٢) .

٣٣٩- الشـــرط الرابع : أن يكـــون الدينان صالحين للمطالبة بهما قضاء : ويشترط ــ أيضاً ــ لكى تقع المقاصة بقوة القانون أن يكون الدينان صالحين للمطالـــبة بهما قضاء ، فإذا كان أحد الدينين، أو كلاهما غير صالح للمطالبة بـــه قضاء كالالتزام الطبيعى ، أو الالتزام الذى مضت عليه مدة التقادم، فلا تجوز المقاصة . (٣)

ولعـــل الســـبب فى عدم جواز المقاصة ــ فى هذه الحالة ــ هو أن المقاصـــة وفاء إجبارى ، والدين الذى لا يصلح للمطالبة به قضاء لا يجوز

=== مقـــداره مائـــة وخمســـون ، إذ تقـــع المقاصة بقدر الأقل منهما . ينظر : أ.د عـــبد الحـــى حجـــازى ٢١٩ ص ٢١٩ ، ٢٢٠ ، أ.د محمـــد لبيـــب شـــنب : الموضع نفسه ، أ.د جلال محمد إبراهيم : فقرة ٧٨ ص ١٣٩ .

(١) أ. د عـــبد الـــرزاق الســـنهورى : فقـــرة ٥٣٦ ص ٨٩٤ وما بعدها ، أ.د محمود جمـــال الديـــن زكـــى فقـــرة ٢٣١ ص ٢٤١ أســـتاذنا الدكتور عبد الرازق حسن فرج : فقرة ٢٢١ ص ٢٠٨ .

(٢) أمـــا الديـــن المعلـــق علـــى شرط فاسخ فهو دين حقق الوجود ، وإن لم يكن محقق الـــبقاء فـــتقع المقاصـــة بيـــنه وبيـــن ديـــن آخر ، فإن تحقق الشرط الفاسخ زالت المقاصـــة ، وعـــاد الديـــن المقـــابل للوجود بأثر رجعى . ينظر : أ.د عبد الرزاق السنهورى : فقرة ٥٣٦ ص ٧٩٥ .

(٣) أ.د عـــبد الـــرزاق الســـنهورى : فقـــرة ٥٣٥ ص ٨٩٢ ، أ.د عـــبد الفـــتاح عبد الـــباقى : فقـــرة ٢٣٩ ص ٢٥٨ ، أ.د محمـــود جمـــال الديـــن زكى : فقرة ٢٣١ ص ٢٤٣ ، أ.د توفـــيق حســـن فـــرج : ص ٢٤١ ، أ.د محمـــد لبيب شنب : فقرة ٢١١ ص ٢٣٩ ، أ.د جلال إبراهيم : فقرة ٨٢ ص ١٤٤ .

إجبار المدين على الوفاء به ، فتتعارض طبيعته مع طبيعة المقاصة.[1]

٣٤٠- الشـرط الخامـس : أن يكـون الدينان مستحقى الأداء : ويشترط ــ أيضـاً ــ لوقوع المقاصة بقوة القانون أن يكون كل من الدينين مستحق الأداء ، فإذا كان الدينان مؤجلين أو كان أحدهما حالاً والآخر مؤجلاً فلا تقع المقاصة .

ولعل السبب فى ذلك هو أن المقاصة وفاء إجبارى ، والدين المؤجل لا يجبر المدين على الوفاء به قبل حلول أجله . [2]

وإذا كانـت الديـون المؤجلة لا تقع المقاصة بشأنها ، إلا ان الأجل الـذى يمـنحه القاضى للمدين (نظرة الميسرة) لا يمنع من المقاصة ، على أساس أن القاضى إنما يمنح المدين هذا الأجل على اعتبار أنه غير قادر على الوفـاء بديـنه ، فإذا تبين أنه قادر على الدفع عن طريق المقاصة فلا وجه لانتظار الأجل الذى منحه القاضى ، بل تقع المقاصة قبل انقضاء هذا الأجل، ومثل الأجل الذى يمنحه القاضى الأجل الذى تبرع به الدائن .[3]

٣٤١ - الشـرط السـادس : ألا يكون أحد الدينين من الديون التى منع القانون المقاصة فيها : ويشترط ــ أيضاً ــ لوقوع المقاصة بقوة القانون ألا

---

(١) أ.د عـبد الـرزاق السـنهورى : فقـرة ٥٣٥ ص ٨٩٣ ، أ.د عـبد الفـتاح عبد الباقى : الموضع نفسه ، أ.د توفيق حسن فرج : الموضع نفسه .

(٢) أ.د عـبد الـرزاق السـنهورى : فقـرة ٥٣٧ ص ٨٩٨ ، أ.د عـبد الفـتاح عبد الـباقى : فقـرة ٢٣٩ ص ٢٥٥ ، أ.د عـبد الحـى حجـازى : فقـرة ٢٢٠ وما بعدهـا ص ٢٢٠ ومـا بعدهـا ، أ.د محمـود جمال الدين زكى : فقرة ٢٣١ ص ٢٤٢ ، أ.د محمـد لبيـب شـنب : فقـرة ٢١١ ص ٢٣٨ ، أسـتاذنا الدكتور عبد الرازق حسن فرج : فقرة ٢٢١ ص ٢٠٨ .

(٣) يـنظر : المـادة ٣٦٢ / ٢ مـن القـانون المدنى التى تنص على أنه : (ولا يمنع المقاصـة أن يـتأخر مـيعاد الوفـاء لمهلة منحها القاضى ، أو تبرع بها الدائن) ويـنظر أيضـاً أ.د عـبد الـرزاق السـنهورى : فقرة ٥٣٧ ص ٨٩٨ ــ ٨٩٩ ، أ.د عـبد الفـتاح عـبد الـباقى : فقـرة ٢٣٩ ص ٢٥٧ ، أ.د سـليمان مرقس : فقـرة ٣٩٧ ص ٨٠٤ ، أ. د محمـود جمـال الديـن زكـى : فقـرة ٢٣١ ص ٢٤٢ ، ٢٤٣ .

يكون أحد الدينين من الديون التى نص القانون على منع المقاصة فيها ، وهذه الديون نصت عليها المادة ٣٦٤ من القانون المدنى ، وهى :

أ- " إذا كـــان أحد الدينين شيئاً نزع دون حق من يد مالكه ، وكان مطلوباً رده " ٣٦٤/أ ، وعلـــى ذلك : إذا كان شخص دائناً لآخر بشىء مثلى ، واغتصب مـــن مديـــنه شيئاً مماثلاً ، فليس لـــه التمسك بالمقاصة ، وإنما يلتزم برد ما اغتصـــبه دون حق ، والحكمة من منع المقاصة ـــ هنا ـــ هى منع الشخص من أن يأخذ حقه بيده أو أن يقرر العدل لنفسه بنفسه .

ب - " إذا كان أحد الدينين شيئاً مودعاً ، أو معاراً عارية استعمال وكان مطلوباً رده " ٣٦٤/ب والحكمـــة مـــن امتـــناع المقاصة هنا هى أن الشىء المودع أو المعـــار يعـــد أمانـــة فى يد الوديع أو المستعير ، ولا يسوغ لهذا أو لذلك أن يخـــون الأمانـــة ، ثـــم يتمسك بعد ذلك بالمقاصة بين التزامه برد الشىء الذى تسلمه وبين الحق الذى له فى مواجهة من أودع الشىء عنده ، أو أعاره إيـــاه .[1]

ج - " إذا كـــان أحد الدينين حقاً غير قابل للحجز " ٣٦٤/ ج مدنى . وذلك كأن يقرض رجل زوجه مبلغاً من المال ، ثم يحكم عليه بالنفقة لها فهنا يعد الرجل دائناً لزوجه بقيمة القرض ، وهو مدين لها بدين النفقة ، ومع ذلك لا يستطيع الـــرجل أن يتمســـك بالمقاصة حتى يخلص نفسه من دين النفقة الذى عليه ، وإنما يجب أن يدفع لزوجه نفقتها ، ثم يرجع عليها بحقه قبلها .[2]

---

(١) أ. د عـــبد الـــرزاق الســـنهورى : فقـــرة ٥٤٢ ، ٥٤٣ ، ص ٩٠٥ ومـــا بعدها ، أ.د عـــبد الفـــتاح عـــبد الـــباقى : فقـــرة ٢٣٩ ص ٢٥٨ ، أ.د سليمان مرقس : فقـــرة ٣٩٩ ص ٨٠٦ ـــ ٨٠٧ ، أ.د محمـــود جمـــال الديـــن زكـــى : فقرة ٢٣٢ ص ٢٤٣ ـــ ٢٤٤ أ.د توفـــيق حســـن فـــرج : ص ٢٤١ ، ٢٤٢ ، أ.د محمـــد لبيـــب شـــنب : فقـــرة ٢١٢ ص ٢٣٩ ـــ ٢٤٠ ، أ.د جـــلال محمد إبراهيم : فقرة ٨٥ ـــ ٨٦ ص ١٤٦ وما بعدها .

(٢) أ.د عـــبد الـــرزاق الســـنهورى : فقـــرة ٥٣٨ ص ٩٠٠ ، أ.د عـــبد الفـــتاح عبد الـــباقى : فقـــرة ٢٣٩ ص ٢٥٩ ، أ.د محمـــود جمـــال الديـــن زكى : فقرة ٢٣١ ص ٢٤٣ ، أ.د محمـــد لبيـــب شـــنب : فقـــرة ٢١١ ص ٢٣٩ ، أ.د جلال محمد إبراهيم : فقرة ٨٧ ص ١٤٩

٣٤٢- **الشــرط السابع : ألا يترتب على المقاصة إلحاق ضرر بالغير :** وقد تناولت هذا الشرط المادة ١/٣٦٧ . والتى تنص على أنه : " ١- لا يجوز أن تقع المقاصة إضراراً بحقوق كسبها الغير".

وتطبــيقاً لذلك : لا يجوز للمدين بالحق المحجوز عليه تحت يده أن يتمسك ــ إضراراً بالحاجز ــ بالمقاصة بين هذا الحق وبين الحق الذى لــه هــو علــى دائــنه إذا كانت شروط المقاصة لم تتوافر إلا بعد توقيع الحجز (المادة ٣٦٧ / ٢ مدنى) .

ومــثال ذلك : أن يكون (محمد) دائناً لــ (أحمد) ، ويكون (محمود) دائــناً لـــ(محمد) ، فيوقع (محمود) حجزاً تحت يد (أحمد) على الحق الذى عليه لــ (محمد) ، وبعد ذلك يصبح (أحمد) دائناً لــ (محمد) ، فهنا لا يسوغ لــ (أحمد) أن يتمسك بالمقاصة إضرار (بمحمود) لأن لهذا الأخير حقاً تعلق بالدين المحجوز عليه قبل توافر شروط المقاصة ، وفى إيقاعها إضرار به ، إذ أنها تؤدى إلى حرمانه من الحق الذى حجز عليه .

ولكــن يجب لامتناع المقاصة بالنسبة للدين المحجوز عليه أن يكون الحجــز قــد أوقع قبل توافر شروط المقاصة ، أما إذا كانت هذه الشروط قد توافرت اولاً ، ثم بعد ذلك أوقع الحجز ، فإن هذا الحجز لا يمنع المقاصة ، حــتى ولــو حصــل التمسك بها فى تاريخ لاحق لوقوع الحجز ، وذلك لأن التمســك بالمقاصة إنما ينتج أثره من وقت توافر شروطها ، ففى هذه الحالة يعد الحجز قد وقع بعد حصول المقاصة ، فلا يؤثر فيها . [١]

٣٤٣- **النـوع الـثانى : المقاصـة الاختيـارية أو الاتفاقيـة :**

المقاصة الاختيارية أو الاتفاقية هى تلك التى تقع بإرادة ذوى الشأن إذا لــم يتوافر شرط من شروط المقاصة القانونية ، ورأى من اشترط الشرط لمصلحته التغاضى عنه.[٢]

---

(١) أ.د عــبد الــرزاق الســنهورى : فقــرة ٥٥٤ ص ٩٢٩ ، أ.د عــبد الفــتاح عبد الباقى : فقرة ٢٣٩ ص ٢٥٩ ، أ.د سليمان مرقس : فقرة ٣٩٩ ص ٨٠٦ .
(٢) أ.د محمد لبيب شنب : فقرة ٢١٦ ص ٢٤٤ .

وهذه المقاصة قد تقع باتفاق طرفى المقاصة إذا كان الشرط المتخلف مشروطاً لمصلحتهما معاً ، كما لو كان الدينان غير متماثلين ، فيجوز الاتفاق علــى إجراء مقاصة بين دينين محل أحدهما قطناً ، ومحل الآخر قمحاً ، أو نقوداً .

كمــا قــد تقع هذه المقاصة بإرادة أحد الطرفين فقط ، وهو الطرف الذى كان الشرط المتخلف مشروطاً لمصلحته فقط ، كما لو كان أحد الدينين مؤجــلاً ، والآخر حالاً ، فهنا يجوز لمن كان الأجل فى مصلحته أن يتمسك بالمقاصة بإرادته هو فقط ، ولا يحتاج الأمر إلى موافقة الطرف الآخر . [(١)]

وممــا تجــدر الإشارة إليه والتنبيه عليه هو أن المقاصة الاختيارية أو الاتفاقــية لا ينقضــى الديــنان بهــا إلا من وقت الاتفاق عليها إن تمت بــإرادة الطرفين ، أو من وقت التمسك بها إن تمت بالإرادة المنفردة لأحد الطرفين . [(٢)]

٣٤٤- النوع الثالث : المقاصة القضائية :

المقاصة القضائية هى تلك التى تقع بحكم القضاء ، وتكون إذا تخلف شــرط من الشروط اللازمة للمقاصة القانونية على ألا يكون هذا الشرط من الشروط التى روعيت فيها مصلحة المدعى عليه وحده [(٣)] ، ويتصور ذلك إذا كــان الديــنان المــتقابلان ، أو كان أحدهما محلاً لنزاع جدى ، فهنا يمكن للقضاء أن يحسم هذا النزاع ، فيصبح الدين خالياً من النزاع ، ومن ثم يمكن

---

(١) أ.د عــبد الــرزاق الســنهورى : فقــرة ٥٥٧ ص ٩٣٥ ــ ٩٣٦ ، أ.د عبد الفتاح عــبد الــباقى : فقــرة ٢٤٤ ص ٢٦٤ ــ ٢٦٥ أ.د توفــيق حســن فــرج : ص ٢٥١ .

(٢) أ.د عــبد الــرزاق الســنهورى : فقــرة ٥٥٧ ص ٩٣٦ ، أ.د محمد لبيب شنب : الموضــع نفســه ، أســتاذنا الدكــتور عبد الرازق حسن فرج : مرجع سبق ذكره فقرة : ٢٢٦ ص ٢١٣ .

(٣) وذلــك لأنــه لــو كــان الشــرط المتخلف من الشروط التى ورعيت فيها مصلحة المدعــى علــيه وحــده ، لأمكــن لـــه أن يــنزل عــنها ، وأن يجرى المقاصة الاختــيارية ، بــدلاً مــن اللجــوء إلــى المقاصة القضائية الأكثر تعقيداً . ينظر : أ.د السنهورى : فقرة ٥٥٩ ص ٩٣٨ .

وقوع المقاصة .[1]

وتكون المقاصة القضائية فى صورة دعوى أمام القضاء ، وعادة ما تكـون دعــوى عارضة يرفعها المدعى عليه على المدعى يدفع بها الدعوى الأصـلية ، ويطلب المدعى عليه فى هذه الدعوى العارضة من القاضى أن يسـقط الديـن المطلوب منه فى دين يدعيه على المدعى ، وللقاضى سلطة تقديـرية إزاء هذا الطلب ، فإذا رأى قبوله وفض النزاع فى شان الدين الذى يدعـيه المدعى عليه فى ذمة المدعى ، أو عين مقداره فإنه يجرى المقاصة القضـائية بين الدينين بعد أن أصبحت المقاصة ممكنة وينقضى الدينان بقدر الأقل منهما .[2]

ويلاحظ أن المقاصة القضائية لا تعدو أن تكون مقاصة قانونية وقعت بعد توافر الشرط الناقص ، وهو الخلو من النزاع .[3]

ولمـا كان حكم القاضى هو الذى ينشئ المقاصة القضائية ، فإنها لا تقـع ولا يترتـب علـيها آثارها إلا من وقت الحكم بها ، لا من وقت رفع الدعوى العارضة .[4]

٣٤٥- المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى :

إذا نظـرنا إلـى أنواع المقاصة فى كل من الفقه الإسلامى والقانون

---

(١) أ.د محمـد لبيـب شـنب : فقـرة ٢١٥ ص ٣٤٣ ، هـذا : وإذا كانـت المقاصة القضـائية فـى حالـة تخلـف شـرط الخلو من النزاع ، إلا أنه ينبغى أن تتوافر فـيها بقـية شـروط المقاصـة القانونـية وهى التقابل بين الدينين ، وصلاحيتهما للمطالـبة بهمـا قضـاء ، واسـتحقاقهما لـلأداء وكونهما متماثلين ، وذلك أن هذه الشـروط لا يتصـور وقـوع المقاصـة بدونهـا . ينظر : أ.د السنهورى : فقرة ٥٥٩ ص ٩٣٨ ، ٩٣٩ .

(٢) أ.د السـنهورى : فقـرة ٥٦٠ ص ٩٤٠ ومـا بعدهـا ، أ.د عبد الفتاح عبد الباقى : فقـرة ٢٤٥ ص ٢٦٥ ، أ.د محمـود جمـال الديـن زكـى : فقرة ٢٣٧ ص ٢٤٧ ، ٢٤٨ ، أ.د توفيق حسن فرج : ص ٢٥٢ .

(٣) أ.د عبد الفتاح عبد الباقى : فقرة ٢٤٥ ص ٢٦٦

(٤) أ.د السـنهورى : فقـرة ٥٦٠ ص ٩٤٢ ، أ.د توفـيق حسـن فـرج : الموضـع نفسه .

المدنى ، فإنه يتضح لنا ما يأتى :

إن أنواع المقاصة فى الفقه الإسلامى لها ما يقابلها فى القانون المدنى ، بـيد أن فقهاء القانون يصيفون إلى هذه الأنواع نوعاً رابعاً لا يعتد به الفقه الإسلامى ، ألا وهو المقاصة القضائية :

- فالمقاصة الجبرية فى الفقه الإسلامى تقابل المقاصة القانونية فى القانون المدنى ، والمقاصة الطلبية فى الفقه الإسلامى تقابل المقاصة الاختيارية التى تقــع بإرادة أحد الطرفين ، وهو الطرف الذى كان الشرط المتخلف مشروطاً لمصــلحته فقــط ، كما أن المقاصة الاتفاقية فى الإسلامى تقابل فى القانون المدنــى المقاصــة الاختيارية التى تقع باتفاق طرفى المقاصة ، وذلك عندما يكــون الشــرط المــتخلف من شروط المقاصة القانونية مشروطاً لمصلحة الطرفين معاً .
- أما المقاصة القضائية فقد ذكر بعض الفقهاء المحدثين أن طبيعة كل من القضــاء والمقاصة فى الفقه الإسلامى تأبى أن يكون هناك مقاصة قضائية ، على أساس أن قضاء القاضى ــ فى الفقه الإسلامى ــ ليس إلا مظهراً للحق ومثبــتاً لوجــوده ، لا منشــئاً لــه [١] ، أما فقهاء القانون المدنى فقد ذكروا المقاصــة القضائية وقالوا : إنها (لا تقع إلا من وقت صدور الحكم بها ... لأن الحكــم هنا منشئ وليس كاشفاً) [٢] ، وإن كانوا يرون : (أن المقاصة القضائية لا تعدو أن تكون مقاصة قانونية وقعت بعد توافر الشرط الناقص ، وهو الخلو من النزاع) [٣] .

---

(١) أ.د محمد سلام مدكور : فقرة ١٣٠ ص ١٢٠ ، ١٢١ .

(٢) أ. د عبد الرزاق السنهورى : فقرة ٥٦٠ ص ٩٤٤ .

(٣) أ.د عبد الفتاح عبد الباقى : فقرة ٢٤٥ ص ٢٦٦

المبحث الثالث

آثـــار المقاصـــة فـــى الفقـــه الإسلامـــى والقانـــون المـدنـــى

٣٤٦– ويشتمل على مطلبين : -

المطلب الأول : آثار المقاصة فى الفقه الإسلامى .

المطلب الثانى : آثار المقاصة فى القانون المدنى .

* **المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى**

المطلب الأول

آثـار المقاصـة فـى الفقـه الإسلامى

٣٤٧- إذا توافـــرت شروط المقاصة السابق ذكرها ، فإنه يترتب على ذلك الآثار الآتية:

٣٤٨ - ١- سقوط الدينـين بقـدر الأقـل منهمـا :

لا خلاف بين الفقهاء فى أنه إذا توافرت شروط المقاصة السابقة سقط الديـــنان سقوطاً كاملاً إذا كانا متساويين ، أو سقط من الأكثر بقدر الأقل إذا كـــان أحدهمـــا أكثر من الآخر ، ويكون سقوط الدينين فى المقاصة الجبرية بمجـــرد التقاء الدينين [١] ، وفى المقاصة الطلبية بمجرد طلب صاحب الدين

---

(١) البحر الرائق جـ ٦ ص ١٧٦ ، المدونة جـ ١٥ ص ٣٨١ ، اختلاف العراقيين جـ ٩ ص ٩٠ ، أسنى المطالب جـ ٤ ص ٤٩٣ ، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمى جـ ٤ص ٣٩٦ ، الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف جـ ٥ ص ١١٨ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٣١٠ ، الفروع لابن مفلح جـ ٤ص ١٩١ ، شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص ٢٢٤ .

هـذا : وعلى الرغم من أن الحنفية يقولون : إن المقاصة هى الطريق الوحيد لقضاء الديون ، إلا أن بعض الفقهاء المحدثين قد نسب إلى الحنفية أنهم يقولون إن الذى يسقط بالمقاصة هو المطالبة فقط ، لا أصل الدين . ينظر : فى نسبة هذا الرأى إلى الحنفية وذكر بعض النصوص الدالة عليه ، ونقده : الأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور : فقرة ١٥٦ ، ١٥٧ ص ١٤٤ وما بعدها ، وينظر : فى نقد نسبة هذا الرأى إلى السادة الحنفية الدكتور : يوسف حسين أحمد فى رسالته السابقة ص ٣٩٨ ـــ ٤٠١ .

الأجود [١] ، وفى المقاصة الاتفاقية بمجرد اتفاق الطرفين عليها . [٢]

٣٤٩- ٢ – انقضاء التأمينات :

ويترتب على المقاصة ــ أيضاً ــ انقضاء التأمينات التى كانت تكفل الديـن ، كالرهـن والكفالـة ، هـذا إذا كان الدينان متساويين ، أما إذا كانا متفاضلين انقضت تأمينات الدين الأقل قدراً .

أمـا تأميـنات الدين الأكثر فإنها لا تنقضى ، وذلك لأن التأمينات لا تنقضـى إلا بانقضاء الدين المكفول بها انقضاء كاملاً ، وهنا لم ينقض الدين كاملاً وبالتالى لا تنقضى التأمينات . [٣]

المطلب الثانى

آثار المقاصة فى القانون المدنى

يترتب على المقاصة فى القانون المدنى الآثار الآتية :

٣٥٠ – ١ – انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما :

يترتب على المقاصة فى القانون المدنى أن ينقضى الدينان بقدر الأقل منهما ، إذ إن كل طرف يوفى دينه بحقه فينقضى الدينان كلية إذا كانا متساويين ، وينقضيان بقدر الأقل منهما إذا كانا متفاوتين ، فينقضى الدين الأقل كله ، وينقضى الدين الأكبر جزئياً فى حدود مقدار الدين الأقل ، ويكون انقضـاء الدينين من الوقت الذى يصبح فيه الدينان صالحين للمقاصة ، وهو

---

(١) البدائع جـ ٥ ص ٢٠٧ ، مواهب الجليل جـ ٤ ص ٥٤٩ ، ٥٥٠ ، الأم جـ ٨ ص ٧٨٦ ، مسألة رقم ٢٨٢٦١ ، المغنى لابن قدامة : فى جناية السيد على المكاتب جـ ١٢ ص ٤٣١ ، مسألة رقم ٨٧٨٣ .

(٢) اختلاف العراقيين من الأم جـ ٩ ص ٩٠ مسألة رقم ٤٧٢ ، حاشية رد المحتار جـ ٥ ص ٢٦٦ ، شرح الخرشى على مختصر خليل جـ ٥ ص ٢٣٣ ، شرح الزرقانى على مختصر خليل جـ ٥ ص ٢٣١ ، أسنى المطالب ـ ٤ ص ٤٩٤ ، تحفى المحتاج جـ ٤ ص ٣٩٦ ، المغنى لابن قدامة ١٢ ص ٣٨٧ مسألة رقم ٨٧٤٢ ، كشاف القناع جـ ٢ ص ٢٢٤ .

(٣) د. يوسف حسين أحمد : فى رسالته السابقة ص ٤٠٤ .

وقت توافر شروط المقاصة فى المقاصة القانونية [1] ، وفى المقاصة الاختيارية ينقضى الدينان من وقت الاتفاق عليها إن تمت بإرادة الطرفين أو من وقت التمسك بها إن تمت بإرادة أحدهما [2] ، أما فى المقاصة القضائية فينقضى الدينان من وقت الحكم بها . [3]

٣٥١ – انقضاء التأمينات :

يترتب على المقاصة – أيضاً – انقضاء التأمينات التى تكفل كل من الدينين ، وعلى ذلك : إذا كان أحد الدينين مكفولاً بتأمين شخصى كالكفالة ، أو بتأمين عينى كالرهن الرسمى ، أو الحيازى ، أو اختصاص ، أو امتياز ، فإن هذه التأمينات تزول بمجرد انقضاء الدين المكفول ، ولكن يجب التأشير على هامش القيد بزوال التأمين ، حتى يكون زواله نافذاً فى حق الغير .

على أنه يلاحظ أنه إذا كان الدينان غير متساويين فى المقدار وانقضيا بقدر الأقل منهما ، فإن الدين الأكبر تبقى له تأميناته لتضمن الجزء الذى لا يزال باقياً منه . [4]

٣٥٢ – المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني :

بالنظر إلى آثار المقاصة فى كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى ، يتضح أنه لا يوجد فرق يذكر بينهما ففى كلا النظامين يترتب على المقاصة سقوط الدينين بقدر الأقل منهما ، كما يترتب عليها فيهما انقضاء التأمينات التى كانت تضمن الدينين إذا كانا متساويين ، أما إذا

---

(١) أ.د عبد الرزاق السنهورى : فقرة ٥٥٠ ، ٥٥١ ص ٩٢١ وما بعدها ، أ. د عبد الفتاح عبد الباقى : فقرة ٢٤٣ ص ٢٦٣ ، أ.د محمد لبيب شنب : فقرة ٢١٣ ص ٢٤٠ ، أ.د جلال محمد إبراهيم : فقرة ٩٣ ص ١٥٦ .

(٢) أ.د عبد الرزاق السنهورى : فقرة ٥٥٧ ص ٩٣٦ ، أ.د محمد لبيب شنب : فقرة ٢١٦ ، ص ٢٤٤ .

(٣) أ.د عبد الرزاق السنهورى : فقرة ٥٦٠ ص ٩٤٢ ، أ.د محمود جمال الدين زكى : فقرة ٢٣٧ ص ٢٤٨ ، أ.د توفيق حسن فرج : ص ٢٥٢ .

(٤) ينظر فى تفصيل ذلك : أ.د عبد الرزاق السنهورى : فقرة ٥٥٠ ص ٩٢١ ، أ.د جلال محمد إبراهيم : فقرة ٩٤ ص ١٥٩ .

كـــان أحـــد الدينيـــن أكـــبر مـــن الآخر ، وانقضيا بقدر الأقل منهما ، فإن التأميـــنات الـــتى تنقضــــى هـــى تأميـــنات الدين الأقل ، أما تأمينات الدين الأكبر فإنها تبقى لتضمن الجزء الذى لا يزال باقياً منه .

الفصل الثاني

التصرف فى الديون برهنها فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

ويشتمل على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : حكم رهن الدين وصوره فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المبحث الثانى : شروط رهن الدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المبحث الثالث : آثار رهن الدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المبحث الأول

حكم رهن الدين وصوره فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٣٥٣ – ويشتمل على ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف الرهن فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المطلب الثانى : حكم رهن الديون فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الطلب الثالث : صور رهن الدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

المطلب الأول

تعريف الرهن فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٣٥٤ – ويشتمل على فرعين :

الفرع الأول : تعريف الرهن فى الفقه الإسلامى .

الفرع الثانى : تعريف الرهن فى القانون المدنى

* المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الفرع الأول

تعريف الرهن فى الفقه الإسلامى

٣٥٥ – **أولاً : معنى الرهن فى اللغة :** الرهن : مصدره (رهن) ، يقال : رهنه الشىء : إذا جعله رهنا ، ويجمع على رهون كفلس وفلوس ، كما يجمع على (رهان) كسهم وسهام ، وكثيراً ما يطلق ويراد به الشىء المرهون

من باب تسمية المفعول باسم المصدر ، كالخلق بمعنى المخلوق . [1]

٣٥٦ – ثانياً : تعريف الرهن فى اصطلاح الفقهاء :

اختلف الفقهاء فى تعريف الرهن تبعاً لاختلافهم فى بعض أحكامه .

أما فى اصطلاح الفقهاء : –

١- فقد عرفه الحنفية بأنه : (جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالدين) [2] .

٢- وعرفه المالكية بأنه : (بذل من لـه البيع ما يباع أو غرراً ، ولو اشترط فى العقد وثيقة بحق) [3] .

٣- وعرفه الشافعية بأنه : (جعل عين مال وثيقة بدين ، يستوفى منها عند تعذر وفائه) [4] .

٤- وعرفه الحنابلة بأنه : (توثقة دين بعين يمكن استيفاؤه منها ، أو من ثمنها) [5] .

وعرفه الزركشى [6] بأنه : (توثقة دين بعين ، أو بدين على قول – يمكن أخذه من ذلك إن تعذر الوفاء

---

(١) ينظر : لسان العرب: مادة رهن جـ ٥ ص ٣٤٨ وما بعداه ، القاموس المحيط : فصل الراء – باب النون جـ ٤ ص ٢٦ .

(٢) ينظر : الهداية شرح بداية المبتدى مع شرح فتح القدير جـ ٩ ص ٦٤ ، وفى المعنى ذاته : الاختيار لتعليل المختار جـ ٢ ص ٦٦ ، تبيين الحقائق جـ ٦ ص ٦٢ .

(٣) ينظر : شرح الزرقانى على المختصر جـ ٥ ص ٢٣٣ ، ٢٣٤ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه ، جـ ٣ ص ٢٣١ .

(٤) ينظر : مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٦٦ ، وفى المعنى ذاته : أسنى المطالب جـ ٣ ص ١٤٤ .

(٥) ينظر : الروض المربع : ص ٢٦٣ طبعة دار البيان دمشق – الطبعة الثانية ١٤١٤هـ ١٩٩٣م .

(٦) الزركشى : هو الإمام العلامة شمس الدين محمد بن عبد الله بن محمد الزركشى المصرى الحنبلى ، أبو عبد الله ، كان إماماً فى المذهب ، له تصانيف مفيدة أشهرها : شرح لمختصر الخرقى لم يسبق إلى مثله ، توفى – رحمه الله – سنة ٧٧٢هـ . ينظر : شذرات الذهب جـ ٦ ص ٢٢٤ ، ٢٢٥ ، معجم المؤلفين جـ ١٠ ، ص ٢٣٩ .

مــن غيره)[1] .

٥- وعــرفه الزيدية بأنه : " جعل عين مال وثيقة بدين ليستوفى منها عند تعذر استيفائه ممن عليه" [2] .

٦- وعــرفه الإمامــية بأنه : " جعل العين وثيقة فى الدين إذا تعذر استيفاؤه ممن عليه استوفى من ثمن الرهن " [3] .

٧- وعرفه الإباضية بأنه :" بذل من له البيع ما يباع بحق علق عليه " [4] .

٣٥٧ - التعريف المختار:

بعــد ذكر تعريف الرهن لدى المذاهب الفقهية يبدو لى - والله أعلم بالصواب - أن التعريف الراجح هو تعريف المالكية الذين عرفوا الرهن بأنه : " بذل من لـــه البيع ما يباع أو غرراً ولو اشترط فى العقد وثيقة بحق " ، وذلــك لأن هذا التعريف يفيد جواز رهن ما يجوز بيعه ، سواء كان عيناً أو ديناً ، كما يفيد رهن ما فيه غرر [5] ، وذلك لأنه الشخص يجوز له أن يدفع

---

(١) يــنظر : شــرح الزركشــى علــى مختصر الخرقى جـ ٤ ص ٢٥ ، وينظر فى نقــل ذلــك عــنه : الإنصــاف جـ ٥ ص ١٣٧ ، المبدع فى شرح المقنع جـ ٤ ص ٢١٣ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٣٢١ .

(٢) الــروض النضــير شــرح مجمــوع الفقه الكبير للحيمى جـ ٣ ص ٣٧٢ ، وفى المعنى ذاته البحر الزخار ـ ٤ ص ١١٠ .

(٣) المبســوط فــى فقــه الإمامــية لأبــى جعفر الطوسى جـ ٢ ص ١٩٦ ، الناشر المكتــبة المرتضــوية لإحــياء الآثــار الجعفرية [بدون تاريخ] ، وفى المعنى ذاته : ريــاض المســائل فــى بــيان الأحكــام بالدلائل للطبطبائى جـ ٥ ص ٣٤٣ ، طبعة دار الهادى ، بيروت . الطبعة الأولى سنة ١٤١٢هـ/١٩٩٢م .

(٤) كــتاب النــيل وشــفاء العلــيل للشيخ عبد العزيز الثمينى مع شرح النيل لأطفيش جـ ١١ ص ٧ .

(٥) المــراد بالغــرر الــذى يصــح رهــنه عند المالكية الغرر الخفيف كالعبد الآبق ، والبعــير الشــارد ، والــثمرة الــتى لــم يــبد صلاحها ، أما إذا كان الغرر قوياً ، كالجنيــن ، والســمك فــى المــاء ، والطــير فــى الهواء فإن كان فى عقد قرض صــح رهــنه وإن كــان فــى بــيعه لا يصح ، وأجازه بعضهم كابن الماجشون ، وأحمــد بــن ميســر ، يــنظر : الشــرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقى عليه ـ ٣ ص ٢٣٤، الشرح الصغير للدردير جـ ٣ ص ١٢١.

مالـــه للغير بغير وثيقة أصلاً ، فجاز أن يدفعه ويستوثق بدين فى الذمة ، أو بشىء فيه غرر ، لأنه شىء فى الجملة ، وأخذ شىء خير من لا شىء [١] ، ففى تعريف المالكية ما فيه من التيسير على الراهن ، وصيانة مال المرتهن ، ولا شك أن ذلك من الأمور التى تحرص الشريعة الإسلامية عليها . [٢]

الفـرع الثـانى
تعـريف الـرهـن فى القـانون المـدنى

٣٥٨ – الرهــن فى القانون المدنى نوعان : رهن حيازى ورهن رسمى[٣] ، ولمـــا كان موضوع هذه الدراسة هو رهن الدين ، فساكتفى بتعريف الرهن الحيازى الذى يعد رهن الدين نوعاً من أنواعه:

---

(١) شـرح الـزرقانى علـى مختصـر خلـيل جــ ٥ ص ٢٣٤ ، الشـرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه جــ ٣ ص ٢٣١ .

(٢) أسـتاذنا الدكـتور عـبد الشـافى على جابر : بحوث فى الفقه الإسلامى ص ٢٧ ، طبعة سنة ١٤١٠هــ/١٩٩٠م .

(٣) الرهــن الرسـمى : عرفــت المــادة ١٠٣٠ مدنـــى الرهــن الرســمى بقولها : (الرهــن الرســمى عقــد بــه يكســب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينـــياً ، يكــون لـــه بمقتضـــاه أن يــتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين لـــه فى المرتبة فى استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار فى أى يد يكون) .
وقــد أخــذ علــى هــذا الــتعريف مــا أخــذ علــى تعريف الرهن الحيازى من ملاحظــات ، لــذا فقــد عــرفه بعــض الفقــه بأنه : (حق عينى تبعى يتقرر على عقــار بمقتضـــى عقــد رســمى بين الدائنين والراهن ، لضمان الوفاء بحق للدائن مــع بقــاء الحــيازة للراهــن ، وبمقتضاه يكون للدائن أن يستوفى حقه بالأفضلية مــن القــيمة المالــية لهــذا العقار فى أية يد يكون) ينظر : أ.د توفيق حسن فرج : مــرجع ســبق ذكــره فقــرة ٩٣ ص ٩٢ ، وفـــى المعنى ذاته : أ.د محمد لبيب شــنب: دروس فـــى التأميــنات العينــية والشخصية ص ١٥ الناشر : دار النهضة العربية سنة ١٩٧٣م .
والرهــن الرســمى لــم يكــن معــروفاً لــدى فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى ، وإنمــا هــو رهــن أنشــأته القوانيــن الوضــعية ، وهو خاص برهن العقار ، ولا يشــترط فــيه قــبض المــرهون ، ونقــل حــيازته إلى المرتهن ، بل يظل فى يد مالكــه ، ولــه حــق التصــرف فــيه بكــل أنــواع التصرفات ، وكأنه غير ==

٣٥٩ - تعــريف الرهن الحيازى : عرفت المادة ١٠٩٦ من القانون المدنى بقولها : (الرهن الحيازى عقد به يلتزم شخص ، ضماناً لدين عليه ، أو على غـيره أن يسلم إلى الدائن ، أو إلى أجنبى يعينه المتعاقدان شيئاً يرتب عليه للدائن حقاً عينياً ، يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين ، والدائنين التالين له فى المرتبة فى اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء فى أى يد يكون) .

غـيـر أنــه يؤخـذ على هذا النص أنه عرف الرهن الحيازى بأنه (عقـد) ، مع أن العقد هو مصدر الرهن الحيازى ، كما يؤخذ عليه أيضاً : أنــه جعـل التقدم على ثمن الشيء المرهون ، مع أن التقدم لا يكون فقط ـــ

=مـرهون غـير أن للمرتهـن حـق تتـبع العقـار المـرهون فى أية يد يكون لاسـتيفاء حقـه مـنه عـند حلـول الأجـل إذا لم يوف الراهن الدين فى معياده ، كمـا أن للدائـن المرتهـن حـق الـتقدم علـى سـائر الدائنين العاديين والدائنين التاليـن لـــه فـى المرتـبة ، وقـد استعاضـوا عـن القبض ونقل الحيازة إلى المرتهـن بالتوثـيق الرسـمى ، فجعلـوه كالقـبض ، ينظر : أ.د إبراهيم دسوقى الشـهاوى : المذاهـب الفقهـية فـى الرهــن والشفعة ص ٢٤ ، ٢٥ طبعة شركة الطـباعة الفنـية المـتحدة ـ الطـبعة الأولـى سنة ١٣٨٤هـ ١٩٦٤م ، أ.د عبد السـميع أبـو الخـير : مـدى شـرعية الرهـن الرسـمى فى ضوء أحكام الفقه الإسلامى ص ٣٠ الناشر مكتبة وهبة سنة ١٩٨٨م .

هـــذا : وإذا كـان الرهـن الرسـمى غـير معروف لدى الفقهاء القدامى ، إلا أن الفقهـاء المحدثيـن قـد تعرضـوا لـــه لبـيان حكمه الشرعى ، وقد انقسموا فى ذلـك بيـن مـانع لـــه ومجـوز ، ينظر فى عرض حجج القائلين بعدم الجواز ، والـرد علـيها ، وترجـيح القـول بـالجواز : الشـيخ حسـن مصطفى وهدان : رسـالة فـى الرهـن ص ٦٦ ومـا بعدها ، وهى رسالة مخطوطة بمكتبة رسائل الدكـتوراه فـى كلـية الشـريعة والقانون بالقاهرة ، أ.د إبراهيم دسوقى الشهاوى : المـرجع السـابق ص ٢٧ : ٢٩ ، أ.د عـبد الناصـر العطـار : التأميـنات العينـية ص ١٠ طبعةسـنة ١٩٨٠م ، أ.د عـبد السـميع أبـو الخـير : المرجع السـابق ص ٣٠ ومـا بعدهـا ، أ.د السـيد عـيد نـايل : أحكام الضمان العينى والشـخص ص ٢١٦ ومـا بعدهـا ، وهـو مـن منشـورات جامعة الملك سعود سنة ١٤١٩هـ .

على هذا لثمن ـــ وإنما يكون أيضاً على أى مبلغ يحل محله كالتعويض ومبلغ التأمين . (١)

لذلـــك فقد عرف بعض الفقه الرهن الحيازى بأنه : (حق عينى تبعى يخول صاحبه حبس الشيء لحين استيفاء الدين ، وأن يتقدم الدائنين العاديين ، والدائنين التالين له فى المرتبة فى اقتضاء حقه من القيمة المالية لهذا الشيء فى أية يد يكون) (٢).

٣٦٠ – المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى :

بعد عرضٍ تعريف الرهن فى كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى يتضـــح أنهما متفقان فى المفهوم ، إذ مفهومه فى كلا النظامين لا يخرج عن قـــيام أحد الأشخاص بتسليم الدائن ، أو شخص أجنبى يسمى (العدل) شيئاً ضـــماناً لديناً على الراهن أو على غيره ، حتى يتمكن الدائن من أن يستوفى دينه من هذا الشيء المرهون ، إذا تعذر عليه استيفاؤه من المدين .

وإذا كـــان القـــانون المدنى يتفق مع الفقه الإسلامى فيما سبق إلا أن الـــتعريف الذى سبق ترجيحه فى الفقه الإسلامى (تعريف المالكية) يفضل تعريف الرهن الحيازى فى القانون المدنى فى أنه يبين شروط الراهن بقوله : " مـــن له البيع " ويبين شروط الشيء المرهون بقوله : " ما يباع أو غرراً " أما تعريف القانون المدنى فليس فيه شيء من ذلك .

المطلب الثانى

حكم رهن الدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٣٦١ – تمهيد وتقسيم :

قـــد يحـــدث أن يكـــون لشخص على آخر دين ، فيحتاج لرهنه عند

---

(١) يـــنظر : أ.د عـــبد المـــنعم الـــبدراوى : التأمينات العينية : فقرة ٢٠٢ ص ٢٨٧ الناشـــر : دار القومـــية العربـــية للطـــباعة ـــ بدون تاريخ ، أ.د توفيق حسن فرج : التأميـــنات الشخصـــية والعينـــية : فقـــرة ٢٣٠ ، ص ٢١٢ ، الناشر : مؤسسة الثقافة الجامعية الإسكندرية ١٩٨٤م .

(٢) ينظر : أ.د عبد المنعم البدراوى : المرجع السابق الموضع نفسه .

المديـــن ، أو عـــند غـــيره ، فما مدى شرعية هذا الرهن فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى ؟

كما قد يحدث أن يرهن شخص شيئاً فى دين عليه ، فيتعرض الشيء المرهون ، وهو فى حيازة الدائن المرتهن للهلاك ، أو التلف بأى سبب كان ، فـــيحكم علـــى مـــن تسبب فيه بالبدل ويصير هذا البدل ديناً فى ذمته ، فهل يصير هذا الدين رهناً بدلاً عن المرهون الذى هلك وتطبق عليه أحكام الرهن أم لا ؟ هـــذا ما سأجيب عنه ــ بعون الله ــ فى هذا المطلب مقسماً إياه إلى فرعين :

الفرع الأول : حكم رهن الدين ابتداء فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الفرع الثانى : حكم رهن الدين فى البقاء والدوام فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الفـرع الأول
حكـم رهـن الـدين ابتـداء فى الفقـه الإسلامى والقـانون المـدنى

٣٦٢ - ويشتمل على غصنين :

الغصـــن الأول : حكم رهن الدين ابتداء فى الفقه الإسلامى :

الغصـــن الثانى : حكم رهن الدين ابتداء فى القانون المدنى

* المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الغـصـن الأول
حـكم رهـن الـدين ابتـداءً فـى الفقـه الإسلامى

٣٦٣ اختلف الفقهاء فى حكم رهن الدين ابتداءً فى الفقه الإسلامى إلى ثلاثة آراء :

٣٦٤- **الـرأى الأول** : وهــو مـــا ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية [(١)] ،

---

(١) المبسوط للسرخسى جـ ٢١ص ٧٢، بدائع الصنائع جـ ٦ص ١٤٦.



والشافعية في الأصح عندهم [1] ، وجمهور الحنابلة [2] ، والراجح عند الشيعة الزيدية [3] ، وهو قول الإمامية[4]

---

(1) الأم للإمام الشافعي جـ ٧ص ٧٠ رقم ٩٤٣٥ ، المهذب للشيرازى جـ ٢ ص ٩٢ ، الوسيط في المذهب للغزالى جـ ٣ص ٣٦١ ، وفيه : (فلو رهن ديناً لم يصح ، لأنه يلزم بالقبض ، والقبض لا يصادف ما يتناوله العقد) فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب للشيخ زكريا الأنصارى جـ ١ص ٢٢٦ ، طبعة دار الفكر بيروت إعادة طبع سنة ١٤١٤هـ ١٩٩٤م ، شرح الجلال المحلي على المنهاج جـ ٢ص ٢٦٢ ، ٢٦٣ ، وفيه : (وشرط الرهن ـ أى المرهون ـ كونه عيناً في الأصح ، فلا يصح رهن الدين ، لأنه غير مقدور على تسليمه) .
هذا : وقد جعل الزركشي الشافعي عدم جواز رهن الدين مستثنى من قاعدة : (كل ما جاز بيعه جاز رهنه ، حيث قال في المنثور جـ ٢ ص ٢٤٣ : (ما جاز بيعه جاز رهنه ، وما لا فلا إلا في صور ، فمن الأول ... والدين يباع ولا يرهن ...) وينظر أيضاً : الاعتناء في الفرق والاستثناء للبكرى جـ ١ ص ٥٠٤ ،طبعة دار الكتب العلمية بيروت سنة ١٤١١هـ ١٩٩١م.
وعدم جواز رهن الدين ـ عند الشافعية ـ إنما هو فى الرهن الجعلى (الاتفاقى) ، أما الرهن الشرعي كمن مات وعليه دين فإن تركته تكون مرهونة به ، سواء كانت أعياناً أو ديوناً . ينظر : تحفة المحتاج جـ ٤ ص ٣٤٢ ، وفيه : (ومن مات مديناً ، وله منفعة أو دين ، تعلق الدين بتركته ومنها دينه ومنفعته تعلق رهن) وأيضاً : حاشية الشرقاوى على تحفة الطلاب جـ ٣ص ٢٦٢ ، ٢٦٣ ، حاشية القليوبى على شرح الجلال المحلي على المنهاج جـ ٢ص ٢٦٢ ، ٢٦٣ ، طبعة دار إحياء الكتب العربية ، حاشية الجمل على شرح المنهج جـ ٥ص ٦٨ . مغنى المحتاج جـ ٢ص ١٢٢ ، نهاية المحتاج جـ ٤ص ٢٣٩ ، حاشية الشبراملسى على نهاية المحتاج : جـ ٤ص ٢٣٩ .

(2) كشاف القناع جـ ٣ص ٣٢١ ، شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص ٢٢٨ .

(3) البحر الزخار جـ ٤ص ١١٤ ، التاج المذهب ٢٢٩/٣ وفيه : (الدين فإنه يصح بيعه ولا يصح رهنه مطلقاً...) .

(4) رياض المسائل في بيان الأحكام بالدلائل للطباطبائي جـ ٥ص ٣٤٧ طبعة دار الهادى بيروت الطبعة الأولى ١٤١٤هـ ١٩٩٣م جامع المقاصد في شرح القواعد للكركى جـ ٥ص ٤٩ ، طبعة مؤسسة آل البيت لإحياء التراث بيروت الطبعة الأولى ١٤١١هـ ١٩٩٩١م ، جواهر الكلام جـ ٢٥ ص ١١٦ وفيه : (فلو رهن دينا لم ينعقد) .

والإباضية [1] ، ويرون عدم جواز رهن الدين ابتداء مطلقاً ، أى : سواء كان عند المدين به ، أو عند غيره .

جاء فى المبسوط : (.. ابتداء عقد الرهن مضافاً إلى دين فى الذمة لا يجوز ..) [2] .

وجاء فى المهذب : (وفى رهن الدين وجهان : أحدهما : ..... والثانى : لا يجوز لأنه لا يدرى هل يعطيه أم لا ، وذلك غرر من غير حاجة ، فمنع صحة العقد) [3] .

وجاء فى كشاف القناع : (... لا يصح رهن الدين ، ولو لمن هو عليه ...) [4] .

وجاء فى البحر الزخار : (... وأما إلى غير من هو عليه ، فوجهان : أصحهما : لا يصح ، لتعذر قبضه . قلت : والأقرب للمذهب أنه لا يصح إلى من هو عليه أيضاً ، إذ لا قبض حقيقى) .[5]

وجاء فى رياض المسائل فى معرض بيان ما لا يجوز رهنه : " ... ولا رهن الدين " لأن المقصود لا يحصل به ، لأن المراد الاستيثاق بما يرجع إلى قيمته عند الاحتياج إليه ، وذلك إنما يكون فى الأعيان ...) [6] .

وجاء فى الإيضاح : (وإنما اشترطنا أن يكون معيناً ، لأن رهن الدين لا يجوز وما كان فى الذمة لا يصح فيه القبض) . [7]

٣٦٥ – **الرأى الثانى** : وهو ما ذهب إليه المالكية [8] ، ووجه عند

---

(١) شرح كتاب النيل وشفاء العليل جـ ١١ ص ١٧ وفيه : (ولا يصح رهن ما بذمة) وأيضا الإيضاح للشماخى جـ ٧ص ١٥٣ .

(٢) جـ ٢١ص ٧٢ .

(٣) جـ ٢ص ٩٢ .

(٤) جـ ٣ ص ٣٢١ .

(٥) جـ ٤ ص ١١٤ .

(٦) جـ ٥ ص ٣٤٧ .

(٧) جـ ٧ ص ١٥٣ .

(٨) المنتقى شرح الموطأ ٢٥١/٥ ، جامع الأمهات لابن الحاجب ص ٢٧٦ طبعة اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع ومشق الأولى سنة ١٤١٩هـ ١٩٩٨م وفيه : (يجوز رهن الدين من المديان وغيره ...) الذخيرة جـ ٨ ص ٨٠ حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٢٣١ .

الشافعية [1] ، وقول عند الحنابلة[2] ، ويرون جواز رهن الدين ابتداء للمدين ، ولغيره .

جاء في المدونة : " (قلت) لابن القاسم [3] : هل يجوز في قول مالك أن يرتهن الرجل الدين يكون له على الرجل ، ويبتاع من رجل بيعاً ، أو يستقرض منه قرضاً فيقرضه ، ويرتهن منه الدين الذى له على ذلك الرجل ؟ (فقال) : قال مالك : نعم له أن يرتهن ذلك ، فيقبض" ذكر الحق [4] ، ويشهد ، (قلت) : فإن لم يكن كتب ذكر حق ؟ (قال) : يشهد وتجزئه ، (قلت) : فإن كان لرجل على دين فبعته بيعاً وارتهنت منه الدين الذى له على أيجوز ذلك في قول مالك ؟ (قال): نعم وهو أقواهما ، (قال) : وقال مالك فيمن ارتهن دينا على غيره : أن ذلك جائز ، فهذا جائز لما عليه " [5] .

وجاء في المهذب : (وفي رهن الدين وجهان : أحدهما : يجوز ، لأنه يجوز بيعه فجاز رهنه كالعين...) . [6]

وجاء في شرح الزركشي على مختصر الخرقي وهو بصدد تعريف الرهن أنه : (توثقة دين بعين ، أو بدين على قول ..) [7] .

---

(1) المهذب للشيرازى جـ ٢ ص ٩٢ ، الوسيط للغزالي جـ ٣ ص ٤٦١ ، مغنى المحتاج جـ ٢ص ١٢٢ وفيه : (... والثاني : يصح رهنه تنزيلاً له منزلة العين) ، نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٢٣٨ .

(2) شرح الزركشي على مختصر الخرقي جـ ٤ ص ٢٥ ، الإنصاف جـ ٥ ص ١٣٧ ، المبدع جـ ٤ص ٢١٣ ، كشاف القناع جـ ١ ص ٣٢١ .

(3) ابن القاسم : هو الإمام عبد الرحمن بن القاسم بن خالد العتيقي المصري ، شيخ حافظ ، حجة فقيه ، صحب الإمام مالكاً ، وتفقه به ، لم يرو أحد الموطأ عن مالك أثبت منه ، وروى عن مالك المدونة – توفي – رضى الله عنه – سنة ١٩١هـ . ينظر : الديباج المذهب ص ٢٣٩ ، شجرة النور الزكية ص ٥٨ .

(4) ذكر الحق : هو الصك . ينظر : القاموس المحيط – فصل الذال باب الراء جـ ٢ ص ٣٤ .

(5) جـ ١٤ ص ٣٤٠ .

(6) جـ ٢ ص ٩٢ .

(7) جـ ٤ص ٢٥ .

٣٦٦- **الــرأى الثالــث** : وهو للإمام أحمد فى رواية ، وهو ظاهر كلام كثير مــن أصــحابه [١] وبعض الزيدية [٢] ، ويرون التفرقة بين رهن الدين عند المديــن ، ورهنه عند غير المدين ، فيجوزون رهن الدين فى الحالة الأولى دون الثانية .

جــاء فى كشاف القناع : " ويجوز (رهنه) أى : رهن الدين المستقر (عــنده) أى : عند من هو فى ذمته (بحق له) أى : لمن هو فى ذمته . هذا أحــد روايتيــن ذكرهما فى الانتصار . قال فى الإنصاف : الأولى الجواز ، وهــو ظاهــر كــلام كثير من الأصحاب حيث قالوا : يجوز رهن ما يصح بيعه ، انتهى " . [٣]

وجــاء فــى البحر الزخار نقلاً عن الإمام يحيى [٤] : (ويصح رهن الديــن ممــن هــو عليه إذ ما فى الذمة كالحاضر ، إلا المسلم فيه ، وثمن الصــرف لعدم استقراره ، وأما إلى غير من هو عليه فوجهان : أصحهما : أنه لا يصح لتعذر لقبضه ..) . [٥]

٣٦٧ – **الأدلــة** :

٣٦٨- **أولاً : أدلــة الــرأى الأول** :

اســتدل أصحاب الرأى الأول القائلون بعدم جواز رهن الدين ابتداء مطلقاً بالقرآن الكريم والمعقول : -

٣٦٩ – ١- **القــرآن الكــريم** : أمــا من القرآن الكريم فقول الله ــ سبحانه

---

(١) كشاف القناع جــ ٣ ص ٣٠٧ ، الإنصاف جــ ٥ ص ١٣٧ .
(٢) البحر الزخار جــ ٤ ص ١١٤ .
(٣) جــ ٣ ص ١٣٧ .
(٤) الإمــام يحــيى : هــو الإمــام العلامــة يحــيى بــن حمــزة بن على بن إبراهيم الحســينى العلــوى الطالــبى مــن أكابر أئمة الزيدية وعلمائهم فى اليمن ، ولد فى صــنعاء ، وأظهــر الدعــوة بعــد وفاة المهدى محمد بن المطهر سنة ٧٢٩هــ ، لـــه مؤلفــات كثــيرة ، مــنها : (الانتصــار) فى الفقه ، و(الطراز) فى علوم الــبلاغة ، توفــى ــ رحمــه الله ــ ســنة ٧٤٥هــــ ، ينظر : الأعلام جــ ٨ص ١٤٣ ، معجم المؤلفين : جــ ١٣ ص ١٩٥ .
(٥) جــ ٤ ص ١١٤ .

وتعالى ـ : ﴿ وَإِن كُنتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِباً فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ [1] .

وجه الاستدلال من الآية : إن الله ـ سبحانه وتعالى ـ قد وصف الرهن ـ في هذه الآية ـ بكونه مقبوضاً ، " وليس شأن الدين أن يكون مقبوضاً ، إذ هو أمر كلى لا وجود له فى الخارج" [2] ولعدم القدرة على تسليمه . [3]

مناقشة هذا الاستدلال : ويناقش هذا الاستدلال بأن القول بأنه : " ليس شأن الدين أن يكون مقبوضاً " قول غير مسلم ، وذلك لأن القبض يختلف بحسب طبيعة الشيء المقبوض ، فهو فى المنقول إنما يكون بالنقل والتحويل، لأن طبيعة المنقول تسمح بذلك ، وفى العقار يكون بالتخلية لأنها كل ما يمكن فى قبضه نظراً لطبيعته الخاصة [4] ، وهكذا يقال فى الأعيان والديون ، فالقبض فى العين يغاير القبض فى الدين ، نظراً لاختلاف طبيعتهما ، فقبض الدين يكون بقبض الوثيقة ، والإشهاد على الحوز ، لأن هذا هو غاية ما يمكن فى قبضه نظراً لطبيعته . [5]

٣٧٠- ٢- **المعقول** : واستدل أصحاب هذا الرأى على ما ذهبوا إليه من عدم جواز رهن الدين ابتداء مطلقاً بالمعقول ، وذلك من أربعة أوجه : -

الوجه الأول : إن القبض شرط فى الرهن [6] ، والدين الثابت فى الذمة

---

(١) سورة البقرة من الآية رقم : ٢٨٣ .

(٢) جامع المقاصد جـ ٥ ص ٤٩ ، مفتاح الكرامة جـ ٥ ص ٨٠ ، الإيضاح للشماخي جـ ٧ ص ١٥٣ .

(٣) شرح الجلال المحلى على المنهاج : الموضع نفسه ، حاشية الشيخ عميرة على الشرح السابق جـ ٢ ص ٢٦٢ ، حاشية الجمل على شرح المنهج جـ ٥ ص ٦٨ .

(٤) الوسيط فى المذهب جـ ٣ ص ٤٨٦ ، وفيه : (والنظر الآن فى صورة القبض وهو التخلية فى العقار ، والنقل فى المنقول ...) .

(٥) المنتقى شرح الموطأ جـ ٥ ص ٢٥١ ، الذخيرة جـ ٨ ص ١٠٠ .

(٦) وإذا كان الفقهاء قد قرروا أن القبض شرط فى عقد الرهن ، إلا أنهم قد اختلفوا فى صفة هذا الشرط على ثلاثة آراء : -

الرأى الأول : ويرى أن القبض شرط لصحة الرهن ، فإذا لم يكن هناك قبض فلا يكون الرهن صحيحاً ، ولا يترتب عليه آثاره ، وهذا ما ذهب إليه بعض الحنفية ، وبعض الحنابلة ، والظاهرية . ينظر : العناية على ===

يتعذر قبضه ، ولا يقدر على تسليمه ، فلا يجوز رهنه . (1)

مناقشة هذا الوجه : ويناقش هذا الوجه بأنه قد سبق بيان أن القبض يختلف بحسب طبيعة الشيء المقبض ، فهو في الديون غيره في الأعيان ، حيث يمكن ذلك بقبض سند الدين ، أو الإشهاد عليه .(2)

- الوجه الثاني : إن الرهن ما أخذ إلا بسبب عدم الوثوق باستيفاء ما في الذمة ، فكيف يتوثق في استيفاء ما في الذمة بمثله ؟ ! (3)

مناقشة هذا الوجه : ويمكن مناقشة هذا الوجه بأمرين : -

=== الهداية جـ ٩ ص ٦٦ وفيه : (وقال الكرخي في مختصره : قال أبو حنيفة ، وزفر وأبو يوسف ومحمد والحسن بن زياد لا يجوز الرهن إلا مقبوضاً) ، نتائج الأفكار جـ ٩ ص ٦٦ ، الإنصاف في معرفة الراجح في الخلاف جـ ٥ صـ ١٥٠ ، المحلى جـ ٦ صـ ٣٦٣ مسألة رقم ١٢١٠ ط دار الكتب العلمية .

الرأي الثاني : ويرى أن القبض شرط في لزوم الرهن من جهة الراهن ، أما قبله فإن العقد يكون صحيحاً ، ولكنه غير لازم ، بمعنى أنه يمكن الرجوع فيه ، وهذا ما ذهب إليه بعض الحنفية ، والشافعية، وجمهور الحنابلة . ينظر : المبسوط جـ ٢١ ص ٦٨ ، ٦٩ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٢٧ ، الهداية شرح بداية المبتدى جـ ٩ ص ٦٦ ، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع جـ ٢ ص ٣١ ، إعانة الطالبين جـ ٢ ص ٥٨ ، المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٣٦٨ ، العدة شرح العمدة جـ ١ ص ٣٣٧ .

الرأي الثالث : ويرى أن القبض شرط تمام للرهن ، فإذا لم يكن هناك قبض فإن الرهن يكون صحيحاً ولازماً في مواجهة الراهن بمجرد العقد ، أما الذى يتوقف على القبض فهو الاحتجاج به في مواجهة الغير ويكون من حق الدائن المرتهن مطالبة الراهن به قضاء وإجباره على ذلك ، إذا لم يف به اختياراً . وهذا ما ذهب إليه المالكية ، ورأى عند الحنابلة . ينظر : شرح الخرشي على المختصر جـ ٥ ص ٢٤٥ ، مواهب الجليل جـ ٥ ص ٣ ، الشرح الصغير للدردير جـ ٣ ص ١٢٤ ، المغنى جـ ٤ ص ٣٦٨ .

(1) شرح الجلال المحلى على المنهاج جـ ٢ ص ٢٦٢ ، البحر الزخار جـ ٤ ص ١١٤ ، الإيضاح جـ ٧ ص ١٥٣ .

(2) يراجع فقرة ٣٦٠ من هذه المسألة .

(3) رياض المسائل جـ ٥ ص ٣٤٧ ، مفتاح الكرامة جـ ٥ ص ٨٠ ، جواهر الكلام جـ ٢٥ ص ١١٧ .

الأمـــر الأول : إن الديــون مخــتلفة فـــى سهولة القضاء وعسره ، فكم من ديون متيقنة الأداء يصلح الاستيثاق بها على غيرها مما ربما يئس منه أربابها . [1]

الأمـــر الثانى : إن الشخص يجوز لـــه أن يدفع ماله للغير بغير وثيقة أصلاً فجاز أن يدفعه ويستوثق بدين فى الذمة ، لأنه شىء فى الجملة ، وأخذ شىء خير من لا شىء . [2]

الوجـــه الثالث : إن المدين قد لا يوفى بالدين المرهون ، فتفوت الوثيقة على المرتهن ، وهذا غرر من غير حاجة ، فلا يجوز .

جـــاء فى المهذب فى تعليل الوجه القائل بعدم جواز رهن الدين : " ... لأنه لا يدرى هل يعطيه أم لا ، وذلك غرر من غير حاجة فمنع صحة العقد ... " [3] .

منـــاقشـــة هـــذا الوجـــه : ويناقش هذا الوجه بأن عدم وفاء المدين بالدين المـــرهون عند حلول أجله إنما هو مجرد احتمال ، وهذا الاحتمال لو صح ، فإن غاية ما يمكن أن يترتب عليه هو فوات الوثيقة ، واحتمال فوات الوثيقة يعد من الغرر اليسير فلا يضر . [4]

---

(١) المرجع السابق : المواضع نفسها .

(٢) قـــرب ذلـــك : شـــرح الـــزرقانى علـــى مختصر خليل جـ ٥ ص ٢٣٤ ، الشرح الكبـــير وحاشـــية الدســـوقى علـــيه جــــ ٣ ص ٢٣١ ، أ.د إبراهـــيم دســـوقى الشـــهاوى : المذاهـــب الفقهـــية فـــى الرهن والشفعة .. طبعة شركة الطباعة الفنية المتحدة الطبعة الأولى سنة ١٣٨٤هـ ـ ١٩٦٤م .

(٣) جــــ ٢ ص ٩٢ ، وأيضـــاً : نهايـــة المحـــتاج جــــ ٤ ص ٢٣٨ ، وقد جاء فى تعلـــيل بطـــلان رهـــن الديـــن : (لأنـــه ــ أى الدين ــ قبل القبض غير موثوق به ، وبعده خرج عن كونه دينا ...) .

(٤) فقـــد جـــاء فـــى تعلـــيل جواز رهن الثمرة قبل بدو صلاحها [illegible] غير شرط القطع : أنـــه إذا تلفـــت الـــثمرة لـــم يسقط دينه ، وإنما تبطل [illegible] ، والغرر فى بطلان الوثـــيقة مـــع بقـــاء الديـــن قلـــيل ، فجاز ...) [illegible] : المهذب جــ ٢ ص ٩٣ ، العزيـــز شـــرح الوجـــيز جــــ ٤ ص ٤٥١ ، وأيضا : المغنى لابن قدامة جــ ٤ ص ٤١٢ رقـــم ٣٢٩٨ ، وفـــيه : (وهـــل يصـــح رهـــن الثمرة قبل بدو صلاحها مـــن غـــير شـــرط القطـــع ... فيه وجهان : أحدهما : يجوز ، وهو اختيار ===

الوجـــه الرابع : قياس رهن الدين على رهن الأعيان الغائبة ، بجامع الغرر فـــى كل ، ورهن الأعيان الغائبة لا يجوز حتى تقبض ، فكذلك رهن الدين ، بـــل إن الدين فى ذمة المدين أشد غرراً من العين الغائبة ، وذلك لأن العين الغائبة يمكن قبضها وإن لم تكن مقبوضة حال العقد ، والدين لا يتأتى قبضه لا عند العقد ، ولا بعده .

جاء فى كتاب الأم : " وهو إذا كان له مال غائب فقال : أرهنك مالى الغائـــب لم يجز حتى يقبض ، والمال ــ أى الدين ــ كان غير مقبوض حين رهنه إياه ، وهو فاسد من جميع جهاته.."[1]

منـــاقشـــــة هـــذا الوجه : إن قياس رهن الدين على رهن الأعيان الغائبة إنمـــا هو قياس مع الفارق ، ووجه الفرق : أن العين الغائبة يمكن الوصول إليها وقبضها فلم يسقط القبض المادى فيها لتيسره وعدم منافاته لطبيعتها ، وذلـــك بخـــلاف الديـــون فإن القبض المادى فيها غير ممكن ، فاكتفى فيها بالممكـــن ، وهـــو قـــبض الوثيقة ، والإشهاد على الحوز [2] ، وفقاً لقاعدة اختلاف القبض باختلاف طبيعة المال المقبوض التى تم تقريرها . [3]

٣٧١ – **ثانيـاً** : **أدلـة الـرأى الثانى** :-

استدل أصحاب الرأى الثانى على ما ذهبوا إليه من جواز رهن الدين ابتداء مطلقاً ، أى سواء كان الرهن عند المدين به ، أو عند غيره بالمعقول ، وذلك من ثلاثة أوجه :

الوجه الأول : إن الدين مال تقع به الوثيقة ، فجاز أن يكون رهناً قياساً على

=== القاضـــى ، لأن الغـــرر يقـــل فـــيه ، فإن الثمرة متى تلفت عاد إلى حقه فى ذمـــة الراهـــن ...) وأيضـــاً الشـــرح الكبير على متن المقنع جـــ ٤ ص ٤١٢ ، كشاف القناع جــ ٣ ص ٣٢٨ ، شرح منتهى الإرادات جــ ٢ ص ٢٣٠ .

والســـؤال الـــذى يطـــرح نفســـه الآن هـــو : لم جوزتم الغرر فى رهن الثمرة قبل بـــدو صـــلاحها مـــع امتـــناع بيعها عندكم ، ولم تجوزوا الغرر فى رهن الدين مع جواز بيعه مع أن احتمال الغرر فى الأول أكثر من الثانى ؟!

(١) الأم جــ٧ ص ٧٠ رقم ٩٤٣٧ .

(٢) المنتقى جــ ٥ ص ٢٥١ ، الذخيرة جــ ٨ ص ١٠٠ .

(٣) يراجع فقرة ٣٦٩ من هذه الرسالة .

سلعة موجودة.[1]

الوجـــه الـــثانى : إن الدين مال يجوز بيعه ، واستيفاء الحق من ثمنه ، إذا تعـــذر الاستيفاء من المدين، فيجوز رهنه ، قال ابن خويذ منداد [2] : (وكل عرض جاز بيعه جاز رهنه ، ولهذه العلة جوزنا رهن ما فى الذمة ، لأن بيعه جائز ..) [3] .

الوجـــه الثالث : أنه لا منافاة بين طبيعة الدين ، وأحكام الرهن ، وذلك لأن الدين إنما يقبض بقبض الوثيقة ، أو ما يقوم مقامها عند عدم وجودها ، كالإشهاد مثلاً ، وبذلك ينزل الدين منزلة العين . [4]

٣٧٢- ثالثاً : أدلة الرأى الثالث :

استدل أصـــحاب الرأى الثالث القائلون بجواز رهن الدين عند المدين به ، وعدم جواز رهنه عند غير المدين به ، بأنه فى حالة رهن الدين عند المدين به يكون المرهون مقبوضاً له حكماً ، إذ هو فى ذمته ، وما فى الذمة يعد فى حكم المقبوض [5] ، بل إن " ما فى الذمة آكد قبضاً من المعين " [6] .

أمـــا فـــى حالة رهن الدين عند غير المدين به ، فإن القبض يكون

---

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبى جـ ٢ ص ١٣٣١ .

(٢) ابـــن خويـــذ مـــنداد : هـــو الإمـــام محمـــد بن أحمد بن عبد الله بن خويذ منداد ، مـــتكلم فقـــيه أصـــولى مـــالكى ، عراقى ، أخذ عن أبى بكر الأبهرى له مؤلفات ، مـــنها : كـــتاب كبـــير فـــى الخلاف ، وكتاب فى اصول الفقه ، وكتاب فى أحكام القـــرآن ، توفـــى ــ رحمـــه الله ــ ٣٩٠ تقريـــباً . يـــنظر : شجرة النور الزكية ص ١٠٣ ــ معجم المؤلفين جـ ٨ ص ٢٨٠ .

(٣) تفســـير القرطـــبى ــ الســـابق ــ الموضـــع نفســـه ، المهـــذب للشيرازى جـــ ٢ ص ٩٢ .

(٤) الزخـــيرة للقـــرافى جـــــ ٨ ص ٨٠ وفـــيه ــ بشأن القبض ــ : (... وفى الدين بتســـليم ذكـــر الحـــق ، والإشـــهاد ، والجمـــع بين الغريمين ، والجمع فقط إن لم يكـــن ذكـــر حـــق ...) المنـــتقى شـــرح الموطـــأ جـــــ ٥ ص ٢٥١ ، شـــرح الـــزرقانى علـــى المختصـــر جـــــ ٥ ص ٢٣٤ ، شـــرح الجـــلال المحلى على المنهاج ٢٦٢/٢ ، ٢٦٣ ، وفيه : (....يصح رهنه تنزيلاً له منزلة العين).

(٥) البحر الزخار جـ ٤ ص ١١٤ ، كشاف القناع جـ ٤ ص ١٣٧ .

(٦) أحكام القرآن لابن العربى جـ ١ ص ٢٦١ .

متعذراً ، وبتالى لا يجوز .

مناقشة هذا الدليل : ويناقش هذا الدليل بأننا نسلم لكم جواز رهن الدين عند المديـن بـه ، لإمكان قبضه ، ولكن لا نسلم لكم عدم الجواز فى حالة رهن الديـن عـند غير المدين به ؛ لأن العلة التى بنيتم عليها هذا الحكم – وهى تعـذر القـبض – غـير مسلمة ، إذ قد سبق بيان أن القبض يختلف بحسب طبـيعة الشيء المقبوض ، فالقبض فى الأعيان يخالف القبض فى الديون ، وهـو فى الديون ممكن وذلك بقبض الوثيقة والإشهاد على الحوز ، لأن هذا هو غاية ما يمكن . (1)

٣٧٣ – الترجيـح :

بعـد عـرض آراء الفقهـاء فى هذه المسألة ، وأدلتهم ومناقشة أدلة أصـحاب الرأييـن الأول والثالـث ، فإنـه يتضح لى رجحان ما ذهب إليه أصحاب الرأى الثانى من جواز رهن الديون ابتداء مطلقاً ، سواء كان الرهن عـند المديـن به أو عند غير المدين به ، وذلك لقوة أدلتهم وضعف أدلة من خالفهم ، ولأن مبنى عدم الجواز عند من قال به يرجع إلى تعذر القبض فى الديون ، أو عدم القدرة على التسليم ، وقد سبق بيان إمكان ذلك . (2)

أضـف إلـى ذلك أن جواز رهن الدين من شأنه أن يحقق مصلحة الراهن ، ولا يضر بالمرتهن:

أمـا إنه يحقق مصلحة الراهن : فلأن الراهن قد يحتاج إلى الاقتراض ، أو نحـوه ، ولا يجد من يقرضه إلا برهن ، ولا يكون له ما يرهنه إلا حقوقاً له قـبل الغـير ، فجـواز الرهن – فى هذه الحالة – فيه تيسير عليه ، ورفع الحرج عنه ، ولا شك أن التيسير ورفع الحرج من المبادئ التى قامت عليها شريعتنا الغراء . (3)

---

(1) يراجع فقرة ٣٦٩ من هذه الرسالة .

(2) يراجع فقرة ٣٦٩ من هذه الرسالة .

(3) أ.د محمـد مصـطفى شـلبى : المدخـل فـى الـتعريف بالفقه الإسلامى ، مرجع سـبق ذكـره ص ٥٦ ، أ.د يوسـف قاسـم : مبادئ الفقه الإسلامى : مرجع سبق ذكره ص ٢٣٢ .

وأما إنه لا يضر بالمرتهن : فلأن المرتهن يجوز له أن يدفع ماله إلى الغير بغير وثيقة أصلاً فجاز أن يدفعه ويتوثق بدين فى الذمة ، لأن الدين شىء فى الجملة وأخذ شىء خير من لا شىء ــ كما سبق بيان ذلك ــ . [1]

وأما ما قيل من وجود الغرر فى رهن الدين ، فقد سبق بيان أن ذلك من الغرر اليسير الذى يغتفر فى التصرفات ، بل حتى مع التسليم ــ جدلاً ــ بأنه من الغرر الكثير ، فإننا لا نسلم أبداً أن هذا الغرر لغير حاجة كما يدعى الجمهور . [2]

بل إن الحاجة داعية إليه ، فقد يحتاج الشخص إلى الاقتراض ــ كما سبق القول ــ ولا يجد من يقرضه إلا برهن ، ولا يكون لــه ما يرهنه إلا حقوقاً له قبل الغير ، ولاشك أن الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة [3] ، كما هو مقرر فى قواعد الفقه الكلية .

الفصل الثانى

حكم رهن الديون ابتداء فى القانون المدنى

٣٧٤ - تعرض القانون المدنى المصرى لحكم رهن الدين ابتداء فأجاز رهنه ، ونظم أحكامه فى المواد من ١١٢٣ إلى ١١٢٩ منه [4] ، إذ إنه فى حالة رهن الدين " يقع الرهن على الدين باعتباره منقولاً ، غير أن الرهن فى هذه الحالة تتحور بعض أحكامه بما يتفق وطبيعة الدين " [5] .

---

(١) يراجع فقرة ٣٧٠ من هذه الرسالة .

(٢) المهذب للشيرازى جـ ٢ ص ٩٢ .

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩١ ، الأشباه والنظائر للسيوطى : ص ٨٨ .

(٤) أ.د عبد الرزاق السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى ــ الجزء العاشر فى التأمينات الشخصية والعينية فقرة ٦٥٠ ص ٩٠٥ الناشر دار النهضة سنة ١٩٧٠م .

(٥) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٧ ص ٢٧١ ، أ.د السنهورى : الموضع نفسه ، أ.د محمد طه البشير ، الوجيز فى الحقوق العينية التبعية : فقرة ٢٩٢ وما بعدها ص ٢٥٤ وما بعدها طبعة دار الحرية بغداد ــ الطبعة الرابعة سنة ١٩٧٦م .

وإذا كـــان القانون المدنى يجيز رهن الدين ، فإن ذلك ينسحب على حالـــة رهـــن الدين عند غير المدين إذا كان ثابتاً بالكتابة ، أما إذا كان غير ثابـــت بالكتابة فإنه يتعذر رهنه ، لأن التسليم حكم لعقد الرهن ، وليس هناك ســـند يمكن تسليمه ، فلم يكن الدين غير الثابت فى السند قابلاً لحكم الرهن ، والعقد لا يصح إلا إذا كان محله قابلاً لحكمه[١] .

وأما رهن الدين عند المدين به فلا يعرفه القانون المدنى ، وذلك لأنه يشـــترط لـــنفاذ الرهـــن فى حق المدين دائماً إعلانه به أو قبوله إياه ، كما يشـــترط لنفاذه فى حق الغير أن يقبض الدائن المرتهن سند الدين [٢] وهذا لا يتأتى إلا فى رهن الدين عند غير المدين به .

٣٧٥ – المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى :

بعـــد عـــرض حكـــم رهـــن الدين ابتداءً فى كل من الفقه الإسلامى والقـــانون المدنـــى يتضح اتفاقهما فى هذا الموضوع ، فرهن الدين فى الفقه الإســـلامى وفقـــاً لمـــا سبق ترجحيه وكذا فى القانون المدنى جائز ، بيد أن القـــانون المدنـــى يقتصر تنظيمه لرهن الدين على صورة واحدة هى صورة رهـــن الدين عند غير المدين به ، وفى حالة واحدة فقط هى حالة ما إذا كان هذا الدين ثابتاً بالكتابة .

الفـرع الثـانى

حكم رهن الديـن فى البقاء والدوام فى الفقـه الإسلامى والقـانون المــدنى

٣٧٦ – ويشتمل على غصنين :

الغصن الأول : حكم رهن الدين فى البقاء والدوام فى الفقه الإسلامى.

الغصن الثانى: حكم رهن الدين فى البقاء والدوام فى القانون المدنى.

* المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

---

(١) أ . د شـــفيق شـــحاتة : الـــنظرية العامـــة للتاميـــن العيـــنى ص ٤١ ، أ . د عـــبد الـــرزاق الســـنهورى ، مـــرجع ســـبق ذكره فقرة ٦٥٠ ص ٩٠٦ ، أ . د محمد كامل مرسى : الموجز فى التأمينات فقرة ١٧٢ ص ١١٢ .

(٢) المادة ١١٢٣ من القانون المدنى .

الفصل الأول

حكم رهن الدين في البقاء والدوام في الفقه الإسلامي

٣٧٧ - لا خلاف بين الفقهاء فى جواز رهن الدين فى البقاء ، والدوام ، وذلك كما لو تعرض المال المرهون وهو فى حيازة الدائن المرتهن خلال فترة الرهن ، للتلف أو الهلاك بتعد من الراهن أو من أجنبى أو من المرتهن نفسه ، أو بتقصيره فى حفظه ، فحكم على من تسبب فى ذلك بالمثل أو بالقيمة ، فإن هذا البدل يكون ديناً فى ذمة المدين به ، ويصير هذا الدين (البدل) رهناً بدلاً عن الشيء المرهون الذى تلف أو هلك ، وتطبق أحكام الرهن من امتناع تصرف الراهن فيه بقبضه ، أو الإبراء منه ، وكذلك من تقدم المرتهن على بقية الدائنين للراهن فى استيفاء دينه من هذا البدل.[1]

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٤٦ وفيه : (ولو باع المرتهن الرهن من غير إذن الراهن ، وقف على إجازته ، وكان الثمن رهناً ، وكذا إذا باع بإذنه جاز ، وكان الثمن رهناً ، سواء قبضه من المشترى أم لم يقبضه ... وهذا يشكل على الشرط الذى ذكرنا لجواز الرهن ، وهو ألا يكون المرهون ديناً ، والثمن دين فى ذمة المشترى فكيف يصلح رهنا ؟ والجواب : أن الدين يصلح رهناً فى حال البقاء ، وإن كان لا يصلح ابتداء ، لأنه فى حال البقاء بدل المرهون ، وبدل المرهون مرهون لأنه قائم مقام المرهون كأنه هو ، بخلاف حالة الابتداء ...) وأيضاً : المبسوط جـ ٢١ ص ٧٢ ، الهداية شرح بداية المبتدى للمرغينانى جـ ٩ ص ١١٤ ، ١١٥ ، وهو مطبوع مع شرح فتح القدير وتكملته على الكتاب المذكور ، المدونة جـ ١٤ ص ٢٩٨ ، وفيها : [(قلت) : فإن أحرقه ــ أى الرهن ــ رجل فغرم قيمته ، أتكون القيمة رهناً مكانه فى قول مالك ؟ (قال) : أحب ما فيه إلى أن أتى الراهن رهن ثقة مكانه أخذ القيمة ، وإلا جعلت هذه القيمة رهناً] وأيضاً : شرح الخرشى على مختصر خليل جـ ٥ ص ٢٤٥ ، الشرح الصغير جـ ٣ ص ١٣٠ ، المهذب جـ ٢ ص ١٠٤ ، وفيه : (وإن جنى على العبد المرهون وكانت الجناية خطأ وجب الأرش ، وتعلق حق المرتهن به ، لأن الأرش بدل المرهون فتعلق حق المرتهن به ...) حاشية القليوبى على شرح الجلال المحلى جـ ٢ ص ١٦٣ ، حاشية الجمل على شرح المنهج جـ ٥ ص ٦٨ وفيه : (ولو أتلف مرهوناً فبدله رهن) كشاف القناع جـ ٣ ص ٢٦١ ، وفيه : (أنه لو جنى إنسان على العبد المرهون ، وكانت ==

الحيازة [١] أما الجمع بين من عليه الدين والمرتهن فشرط كمال . [٢]

هـذا إذا كـان الدين ثابتاً فى وثيقة ، أما إذا لم يكن ثابتاً فى وثيقة ، فإنـه يجب الإشهاد على حيازة المرتهن للدين ، والجمع بين من عليه الدين والمرتهن ، وإقراره بالدين . [٣]

وفائدة الإشهاد ـ هنا ـ هو أن يكون الرهن نافذاً فى حق الغير، ففى هـذا الإشـهاد كفاية لإعلام الغير بأن الدين قد تعلق به حق لغير المرتهن ، وأما الجمع بين المرتهن ومن عليه الدين ففائدته نفاذ الرهن فى حق المدين ، وذلك حتى لا يوفى لغير المرتهن .

وأمـا إقرار المدين بالدين ، فهو لازم لصحة الرهن نفسه ، إذ بهذا الإقـرار يـتحقق وجود الدين المرهون ، ولاشك أن وجود الرهن شرط فى صحة الرهن . [٤]

٣٨٣ - **الصورة الثانية : رهن الدين عند المدين به :**

وفى هذه الصورة يقوم الدائن برهن الدين الذى لـه على مدينه عند

---

(١) المنـتقى : الصـفحة نفسـها : وفـيه : (... فإن كان له ذكر حق فحيازته أن يدفع إلـيه ذكـر الحـق ، ويشـهد لـه به ...) وأيضاً : الذخيرة للقرافى جـ ٨ ص ٨٨ ، ٨٩ ، شـرح الـزرقانى علـى المختصـر جـ ٥ ص ٢٣٤ ، حاشـية الدسـوقى علـى الشـرح الكبـير جـ ٣ ص ٢٣١ ، وفيها : (وأما رهن الدين لغـير المديـن فالشـرط فـى صـحته قبضه بالإشهاد على حوزه ، ودفع الوثيقة للمرتهن ....) .

(٢) شـرح الـزرقانى : الموضـع نفسـه ، حاشية الدسوقى : الموضع نفسه ، الذخيرة : الموضـع نفسـه ، ويـنظر فـى عـدم اشـتراط الجمع : تبصرة الحكام لابن فـرحون جـ ٢ ص ٢٦٦ ، وفـيه : (ورهـن الدين بان يدفع له عقده ، حضر الذى عليه الحق أم لا . فذلك جائز ...) .

(٣) المنـتقى شـرح الموطـأ جـ ٥ ص ٢٥١ ، المسـتخرجة من الأسمعة المعروفة بالعتبـية لمحمـد العتـبى جـ ١١ ص ١٠٧ وهـى مطبوعة ضمن كتاب البيان والتحصـيل لابـن رشـد طـبعة دار الغـرب الإسـلامى ـ الطـبعة الثانية سنة ١٤٠٨هـ ١٩٨٨م ، الذخيرة للقرافى جـ ٨ ص ٨٨ ، ٨٩ .

(٤) د/ حسـين حـامد حسـان : الرهـن الوارد على غير الأعيان ، وهو بحث منشور فـى مجلـة القـانون والاقتصـاد السـنة الأربعـون مـارس ١٩٧١م ـ العددين الثالث والرابع ص ٨٦ - ٨٧ .

هـذا المديـن فـي دين لهذا الأخير على الراهن ، وعلى هذا : فإن الراهن يكـون دائناً بالدين المرهون من جهة ، ومديناً بالدين المرهون فيه من جهة أخرى . (1)

جـاء في حاشية الدسوقي : " فيجوز رهن الدين للمدين ، ولغيره ، فـالأول : كما لو كان لي دراهم ديناً على زيد ، وله على طعام ، أو عرض ديناً ، فأجعل الدين الذي على رهناً في الدين الذي عليه " . (2)

ويمكـن توضيح هذه الصورة بالمثال الآتي : أن يكون لـ (محمد) علـى (إبراهيم) دين مقداره ألف جنيه مثلاً ، ثم بعد ذلك يحتاج (محمد) إلى بعـض المـال ، فيلجأ إلى (إبراهيم) ليقترض منه ، فيوافق (إبراهيم) ولكنه يشترط على (محمد) أن يكون الألف الذي لـه رهناً في الدين الجديد وعلى ذلك : يكون الدين الذي لـ (محمد) على (إبراهيم) مرهوناً ، والدين الذي لـ (إبراهيم) على (محمد) مرهوناً فيه ، فإذا لم يف (محمد) بالدين الذي عليه لـ (إبراهـيم) كان من حق إبراهيم أن يمارس حقه كمرتهن بالتنفيذ على الدين المـرهون تحـت يده ، واستيفاء حقه من القيمة المالية لهذا الدين بالأفضلية على بقية الغرماء .

غـير أن المالكية يشترطون لجواز هذه الصورة أن يكون أجل الدين المرهون مثل أجل الدين المرهون فيه ، أو أبعد منه ، سواء كان الدينان من بـيع أو مـن قـرض ، فإذا كان أجل الدين المرهون أقرب من أجل الدين المرهون فيه ، أو كان حالاً فلا يجوز ، لأنه يؤدي إلى (أسلفني وأسلفك) إذا كـان الدينان من قرض ، وإلى اجتماع بيع وسلف إذا كانا من بيع، اللهم إلا

---

(1) المدونـة جـ 14 ص 340 ، المنـتقى شـرح الموطأ : الموضع نفسه ، أحكام القـرآن لابـن العـربي : جـ 1 ص 261 ، الجـامع لأحكـام القرآن للقرطبي جـ 2 ص 1331 ، شـرح الـزرقاني علـى المختصـر جـ 5 ص 234 ، شـرح الخرشـي علـى مختصـر خلـيل جـ 5 ص 236 ، حاشية العدوي على شرح الخرشي جـ 5 ص 236 .

(2) جـ 3 ص 231 .

أن يجعـــل الدين المرهون فى يد عدل إلى أن يحل أجل الدين المرهون فيه ، ففى هذه الحالة يجوز.[1]

جاء فى العتبية : (وقال سحنون عن ابن القاسم : إنه قال فى رجل عليه لرجل دين فباع الذى عليه الدين الذى له الدين سلعة إلى أجل ، وارتهن فى ثمنها الدين الذى عليه إلى الأجل الذى باع إليه السلعة : إنه إن كان ذلك إلى الأجل الذى عليه الدين لصاحب الدين ، أو أدنى لم يكن بذلك بأس ، وإن كـــان بيعه سلعته إلى أجل أبعد من أجل الدين الذى عليه ، فاشترط أن يكون ما عليه من الدين رهناً فى يديه إلى الأجل الذى باع إليه سلعته لم يحل ذلك ، لأنه يصير بيعاً وسلفاً ، لأنه حين اشترط حبس ما عليه من الدين بعد حلول أجلـــه إلى حلول أجل دينه ، فكأنه سلف من الذى له الدين أسلفه إياه ... إلا أن يوضع فى يدى عدل إلى حلول أجل الدين ، فيجوز ذلك ..)[2] .

الفـرع الثـانى

صـــور رهـن الديـن فـى القـانون المـدنى

٣٨٤- أمـــا فى القانون المدنى ، فقد اشترط المشرع الوضعى لنفاذ الرهـــن فى حق المدين إعلانه به أو قبوله إياه وفقاً لما هو مقرر فى المادة ٣٠٥ مدنى ، بشأن نفاذ حوالة الحق فى شأن المدين ، كما اشترط لنفاذه فى حـــق الغير أن يقبض الدائن المرتهن سند الدين وهذا كله وفقاً لما تقضى به المادة ١١٢٣من القانون المدنى ، التى تنص على أنه :

(١- لا يكون رهن الدين نافذاً فى حق المدين إلا بإعلان هذا الرهن إليه ، أو بقبوله له وفقاً للمادة ٣٠٥ .

---

(١) المنـــتقى شـــرح الموطـــأ جـــ ٥ ص ٢٥١ ، البـــيان والتحصيل لابن رشد جـ ١١ ص ١٠٧ ، الذخـــيرة جـــ ٨ ص ٨٨ ، ٨٩ ، الـــزرقانى علـــى المختصـــر جـــ ٥ ص ٢٣٤ ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٢٣١ .

(٢) جـ ١١ ص ١٠٦ ، ١٠٧ .

٢- ولا يكون نافذاً فى حق الغير إلا بحيازة المرتهن لسند الدين المرهون ...) [١] .

ويتضح من ذلك أن القانون يعرف صورة واحدة من صور رهن الدين ألا وهى : (رهن الدين عند غير المدين) لأن المدين بالدين المرهون ــ كما هو واضح مما تقدم ــ شخص آخر غير الراهن والمرتهن . [٢]

أما صورة (رهن الدين عند المدين به) فلم ينظمها القانون المدنى ، ولعل السبب فى ذلك أن القانون يشترط لنفاذ رهن الدين فى حق الغير حيازة المرتهن سند الدين المرهون ، ولما كان المدين بالدين المرهون فى هذه الصورة هو المرتهن نفسه ، فإنه يخشى إن سلم إليه هذا السند أن يجحد الدين الذى عليه ، ويطالب بحقه هو قبل مدينه الراهن [٣] .

وإذا كانت نصوص القانون تنظم صورة واحدة من صور رهن الدين ــ وهى رهن الدين عند غير المدين به ــ فهى ــ أيضاً ــ تقتصر على نوع واحد من هذه الديون ، ألا وهى الديون الثابتة فى سندات كتابية ، وذلك لأن الديون الغير الثابتة بالكتابة يتعذر رهنها ، لأن التسليم شرط فى عقد الرهن ، وليس هاهنا سند يمكن تسليمه ، فلا يصح الرهن . [٤]

٣٨٥ - المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى :

بعد ذكر صور رهن الدين فى كل من الفقه الإسلامى ، والقانون المدنى يتضح أن القانون المدنى يوافق الفقه الإسلامى فى صورة واحدة من صور رهن الدين ، ألا وهى صورة رهن الدين عند غير المدين به ، حيث

---

(١) أ.د عبد الرزاق السنهورى : فقرة ٦٥٠ ص ٩٠٤ ، ٩٠٥ ، أ.د عبد المنعم البدراوى : فقرة ٢٣٣ ص ٣٣١ ، أ.د السيد عيد نايل : أحكام الضمان العينى والشخصى وهو من مطبوعات جامعة الملك سعود سنة ١٤١٩هــ ، مجموعة الأعمال التحضيرية جــ ٧ ص ٢٧١ .

(٢) أ.د حسين حامد حسان : فى بحثه السابق ص ١٨ .

(٣) د. مصطفى عبد الحميد عياد : رهن الدين وتنظيم أحكامه ص ١٠٥ ، وهى رسالة دكتوراه من كلية الحقوق جامعة القاهرة سنة ١٤٠٣هــ ١٩٨٣م .

(٤) أ.د شفيق شحاتة: النظرية العامة للتأمين العينى ص ٤١ طبعة سنة ١٩٥١م.

يجوز كل منهما رهن الدين فى هذه الصورة .

والقانون المدنى إن كان يوافق الفقه الإسلامى فى الصورة المتقدمة ، إلا أنه يخالفه فيما يأتى :

١- إن القانون المدنى فى جوازه رهن الدين لغير المدين يقتصر على الديون الثابتة فى سندات كتابية ، أما الديون غير المكتوبة فلا يجيز رهنها ، وذلك بخلاف ما قرره فقهاء المالكية ، حيث إنهم – علاوة على تجويزهم رهن الديون المكتوبة ، فإنهم يجيزون رهن الديون غير المكتوبة ، أو على حد تعبيرهم (الديون التى ليس لها ذكر حق) ويشترطون لذلك – كما سبق – الإشهاد على حيازة المرتهن للدين على سبيل الوثيقة ، والجمع بين المدين بالدين المرهون والمرتهن ، وإقرار المدين بالدين المرهون .[١]

٢- إن القانون المدنى لا يجيز رهن الدين عند المدين به ، أما فقهاء المالكية فإنهم يجيزون رهن الدين فى هذه الصورة ، ولاشك أن ما ذهب إليه فقهاء المالكية أولى بالاعتبار مما ذهب إليه القانون المدنى ، وآية ذلك : أن الدين المرهون فى هذه الصورة إنما هو ثابت فى ذمة المرتهن ، والثابت فى ذمة المرتهن فى حكم المعين المقبوض بل إن ما فى الذمة آكد قبضاً من المعين ، كما صرح بذلك ابن العربى [٢] فى أحكامه . [٣]

أما ما قد يثار من مخاوف على حق الراهن لدى المرتهن – فى هذه

---

(١) المنتقى شرح الموطأ جـ ٥ ص ٢٥١ ، الذخيرة جـ ٨ ص ٨٠ .

(٢) ابن العربى : هو الإمام أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد المعافرى الإشبيلى ، المعروف بابن العربى قاض من حفاظ الحديث ، ولد فى إشبيليه ، ثم رحل إلى المشرق ، وبلغ مرتبة الاجتهاد فى علوم الدين ، له مؤلفات كثيرة منها : العواصم من القواصم ، وعارضه الأحوذى ، وأحكام القرآن ، وغيرها – توفى – رحمه الله سنة ٥٤٣هـ . ينظر : بغية الملتمس فى تاريخ رجال الأندلس للضبى ص ٩٢ طبعة دار الكتاب العربى سنة ١٩٦٧م ، الأعلام للزركلى جـ ٦ ص ٢٨١ .

(٣) أحكام القرآن لابن العربى جـ ١ ص ٢٦١ .

الصــورة ــ لأن الرهــن لا يتم إلا بقبض سند الدين ، ويخشى إن دفع هذا السند إلى المرتهن أن ينكر الدين المدين به للراهن إذا لم يمكن إثباته إلا بهذا السند ، في حين يطالب بحقه لدى الراهن .

أقــول : لقد وجد فى الفقه الإسلامى ما يبدد هذه المخاوف ، وهو ألا يوضــح ســند الديــن المرهون ــ فى هذه الصورة ــ عند المرتهن ، وإنما يوضع عند عدل .

جاء فى الذخيرة : " ويصح رهنك ديناً فى ذمتك ، وتحوزه من نفسك لنفسك ولا يدفع إليك ذكر الحق ، لأنه يخشى أن تجحده " .[١]

وبهــذا يظهر تفوق الفقه الإسلامى على القانون الوضعى فى تنظيمه رهــن الديــن ، حيث أجاز رهنه عند المدين وعند غيره ، بخلاف القانون المدنى الذى قصر الجواز على صورة رهن الدين عند غير المدين به .

المبحث الثانى

شــروط رهــن الديــن فــى الفقــه الإسلامــى والقانــون المدنــى

٣٨٦ - ويشتمل على مطلبين :

المطلب الأول : شروط انعقاد رهن الدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى.

المطلب الثانى : شروط نفاذ رهن الدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المطلب الأول

شــروط انعقــاد رهــن الديــن فى الفقــه الإســلامى والقــانون المــدنى

٣٨٧- ويشتمل على فرعين :

الفرع الأول : شروط انعقاد رهن الدين فى الفقه الإسلامى .

الفرع الثانى : شروط انعقاد رهن الدين فى القانون المدنى .

* المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى

---

(١) جــ ٨ ص ٨٠ .

الفرع الأول

شروط انعقاد رهن الدين فى الفقه الإسلامى

٣٨٨- تطبيق القواعد العامة فيما يتعلق بركنى الرضا ، والسبب :

لكى ينعقد رهن الدين ، لابد من توافر أركانه ، ولما كان رهن الدين من أنواع الرهن الحيازى فهو يخضع فى ذلك للقواعد العامة فى الرهن الحيازى ، وعلى ذلك فأركان رهن الدين ــ كسائر العقود ــ الرضا ، والمحل ، والسبب .

فبالنسبة لركن الرضا : فإن عقد رهن الدين يخضع للقواعد العامة فى العقود ، ولا يتضمن أحكاماً خاصة به ، فيجب أن يتبادل ــ طرفاه ــ الراهن والمرتهن التعبير عن إرادتهما فى إبرام عقد رهن الدين ، وأن تكون هذه الإرادة خالية من العيوب .

كما يجب أن يتوافر فى كل من طرفيه الأهلية اللازمة لإبرام عقد رهن الدين ، وهى أهلية التصرف ، وعلى ذلك إذا كان أحد طرفى عقد رهن الدين عديم التمييز كالمجنون ، والصبى غير المميز ، وقع العقد باطلاً [١] ، وذلك لانعدام الإدراك ، وأما إذا كان أحد طرفيه ، أو كلاهما ناقص الأهلية ، كالصبى المميز ، فإن تصرفه يكون موقوفاً على إجازة وليه عند الحنفية [٢] والمالكية [٣] ، ويكون باطلاً عن الشافعية [٤] ، والحنابلة . [٥]

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٣٥ ، شرح الخرشى على مختصر خليل جـ ٥ ص ٢٣٦ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٢٢ ، المهذب جـ ٢ ص ٨٦ ، شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص ٢٣١ ، البحر الزخار جـ ٥ ص ١١١ ، المختصر النافع للحلى ص ١٦١ ، ١٦٢ طبعة وزارة الأوقاف الطبعة الثانية سنة ١٣٧٧هـ ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل جـ ١١ ص ٨ .

(٢) البدائع جـ ٦ ص ١٣٥ .

(٣) الخرشى على مختصر خليل جـ ٥ ص ٢٣٦ ، شرح الزرقانى على مختصر خليل جـ ٥ ص ٢٣٤ .

(٤) الوسيط فى المذهب جـ ٣ ص ٤٨٣ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٢٢ .

(٥) كشاف القناع جـ ٣ ص ٣٢٢ ، وفيه : (فلا يصح الرهن من سفيه ومفلس ، لأنه لا يصح بيعهما ...) منار السبيل فى شرح الدليل لابن ضويان جـ ٢ ص ٥٦٥ ، طبعة المكتبة التجارية مكة المكرمة الطبعة الأولى ١٤١٦هـ ١٩٩٦م .

وبالنسبة لركن السبب : فهو ــ أيضاً ــ يخضع للقواعد العامة فى العقود فيجب أن يكون السبب فى عقد رهن الدين ــ وهو توثيق الدين المضمون ــ مشروعاً وإلا كان العقد باطلاً[1] ، وذلك عملاً بقول رسول الله ﷺ : " إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل امرئ ما نوى..." [2] وعملاً بالقاعدة الفقهية التى تقرر أن : " الأمور بمقاصدها " [3] .

٣٨٩ – محل عقد رهن الدين :

محل عقد رهن الدين هو الدين المرهون وهذا الدين يجب أن يكون قابلاً لحكم الرهن ، محققاً لغايته حتى يجوز رهنه ، لذلك فإنه يشترط فيه الشروط الآتية :

١- **أن يكون الدين المرهون قابلاً للبيع** : يشترط فى الدين المرهون ــ شأنه فى ذلك شأن العين المرهونة ــ أن يكون مما يقبل البيع ، والعلة فى اشتراط هذا الشرط فى رهن الدين هى العلة نفسها التى ذكرها الجمهور لاشتراطهم هذا الشرط فى رهن العين وهى أن هذا الشرط تمليه طبيعة عقد الرهن ، وتبرره الغاية المقصودة منه ، وذلك لأن الغاية من الرهن هو أن يحبس الشىء المرهون حتى يمكن بيعه ، واستيفاء الحق من ثمنه إذا حل أجل الدين ، وتعذر استيفاؤه من المدين ، فإذا لم يكن الشىء المرهون قابلاً للبيع ضاعت الغاية المقصودة من عقد الرهن . [4] .

---

(١) أ.د يوسف قاسم : مبادئ الفقه الإسلامى ص ٣٩٠ .

(٢) متفق عليه : واللفظ للبخارى . ينظر : صحيح البخارى : كتاب بدء الوحى باب : كيف كان بدء الوحى إلى رسول الله ﷺ جـ ١ ص ٢١ حديث رقم ١ ، صحيح مسلم بشرح النووى : كتاب الإمارة باب : قوله ﷺ : إنما الأعمال بالنية .... جـ ١٣ ص ٥٣ ، اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان للشيخ محمد فؤاد عبد الباقى ص ٢٠٧ ، طبعة دار الحديث . الطبعة الثالثة سنة ١٤١٧هـ ١٩٩٧م .

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٧ ، الأشباه والنظائر لابن السبكى جـ ١ ص ٥٤ ، والأشباه والنظائر للسيوطى : ص ٨ .

(٤) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع جـ ٦ ص ١٣٥ ، المنتقى شرح الموطأ جـ ٥ ص ٢٤١ ، ٢٤٢ ، شرح الخرشى على مختصر خليل جـ ٥ ص ٢٣٦ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه جـ ٣ ص ٢٣١ ، ===

٢- **أن يكـــون الدين موجودا عند إبرام عقد الرهن** : ويشترط فى عقد رهن الدين أن يكون الدين المرهون موجوداً عند التعاقد ، فإذا كان معدوماً فى ذلك الوقت بطل الرهن .

ويكـــون الديـــن موجوداً إذا كان ثابتاً ، مستقراً ، والمدين مقر به أو قامـــت عليه بينة ، وعلى ذلك إذا لم يكن الدين ثابتاً عند التعاقد ، بل سيوجد فى المستقبل ، كما لو رهن ثمن ما سيبيعه ، أو بدل ما سيقرضه ، أو أجرة ما سيؤجره فلا يجوز ، وكذلك الحال إذا لم تكن الديون مستقرة كبدل الكتابة، والجعل فى الجعالة قبل العمل ونحوهما ، وذلك لأن هذه الديون لا يؤمن من فسخ أسبابها ، فتفوت الحكمة من رهنها .

وكذلـــك لا يجوز رهن الدين إذا كان المدين به منكراً له ، ولا بينة علـــيه ، وذلـــك لأن الغايـــة من رهن الدين ـــ كما سبق ـــ بيعه فى الحق ، والدين الذى ينكره المدين دون أن تقوم بينة عليه لا يمكن بيعه واستيفاء الحق من ثمنه . (١)

٣- أن يكـــون الدين المرهون مقدوراً على تسليمه : يشترط فى صحة رهن الديـــن أن يكـــون الديـــن المرهون مقدوراً على تسليمه ، وقد سبق بيان أن التسـليم ، أو القـــبض يختلف باختلاف المال ، ولما كانت الديون تختلف فى طبيعتها عن الأعيان ، فإنه يكتفى فيها بالقبض الحكمى ، وذلك بتسليم وثيقة الدين إلى المرتهن ، أو الإشهاد على الحوز ، لأن ذلك هو الممكن فيه . (٢)

٤- **أن يكون الدين المرهون معلوماً** : يشترط فى محل رهن الدين أن يكون معلومـــاً للمتعاقديـــن علمـــاً ينفى الجهالة ، ويرفع النزاع ، وإذا كان الفقهاء

=== التهذيـــب للـــبغوى جــــ ٤ ص ٢٢ ، روضـــة الطالبين جـــ ٤ ص ٤٠ ، المـــبدع فـــى شـــرح المقـــنع جــــ ٤ ص ٢١٥ ، الـــروض المربع للبهوتى ص ٢٦٣ طـــبعة دار البـــيان ١٤١٤هــــ ١٩٩٣م ، المحلـــى جــــ ٨ص ٨٩ رقـــم ١٢١٢ ، الـــتاج المذهـــب لأحكـــام المذهـــب جـــ ٣ ص ٢٢٩ ، شرائع الإسلام فـــى وســـائل الحـــلال والحـــرام للمحلـــى جــــ ٢ ص ٧٦ ، طبعة دار الأضواء بـــيروت الطـــبعة الثانـــية ســـنة ١٤٠٣هــــ ١٩٨٣م ، شـــرح النـــيل جــــ ١١ ص ١٥ .

(١) أ.د حسين حامد حسان : المرجع السابق ص ٥١ ، ٥٢.

(٢) المنتقى للباجى جـ ٥ ص ٢٥١ ، الذخيرة للقرافى جـ ٨ ص ٨٠ .

يذكــرون للعلــم بمحل الرهن طريقين : أحدهما : الرؤية ، والثانى: وصفه وصفاً تنتفى به الجهالة [1] إلا أنه فى رهن الديون يتعذر طريق العلم بالرؤية ، لأن الديــون أموال حكمية تثبت فى الذمة ، ولا وجود لها حساً [2] ، وعلى ذلــك فإن العلم بالديون إنما يكون عن طريق الوصف ، شأنه فى ذلك شأن الأمــوال الغائبة عن مجلس العقد ، وتطبيقاً لذلك : يجب بيان جنس الدين ، ونوعــه ، ومقداره ، وكذلك وصفه من حيث الحلول والتأجيل وبيان المدين بــه ، لأن غرض المرتهن يختلف بذلك ، فقد يقبل الدائن المرتهن ديناً على مليئ معروف بالوفاء ، ولا يقبل ديناً من مفلس أو مماطل ، وقد يقبل التوثق بديــن حــال إذا كان دينه حالاً ، أو يساوى دينه فى الأجل ، ولا يقبل أبعد مــنه ، فكــان لابد من بيان المدين بالدين المرهون ، وصفه الدين من حيث الحلول والتأجيل .

وكذلك يجب بيان ما إذا كان الدين له وثيقة أو لا ، وما إذا كان الدين مضــموناً برهــن ، أو كفالة أو لا ، لأن غرض المتعاقدين يختلف باختلاف ذلك . [3]

٥- أن يكــون الدين المرهون مملوكاً للراهن : يشترط فى الشىء المرهون أن يكــون مملوكاً للراهن ، أو مأذوناً فيه بولاية شرعية كالولى ، أو اتفاقية كالوكيل [4] ، وهذا الشرط يسرى فى حالة رهن الدين [5] .

---

(١) مجمــع الأنهــر فــى البــيع جــ ٢ ص ٣٤ ، والشرح الصغير فى البيع جــ ٣ ص ٤ ، مغــنى المحــتاج فــى البــيع جــ ٢ ص ٣٤ ، كشاف القناع فى الرهن جــ ٣ ص ٣٢٢ ، وفــيه : (ولابــد مــن معرفــته ــ أى الرهــن ــ ومعرفة قــدره ، وصــفته ، وجنســه ، لأن الرهــن عقــد علــى مال ، فاشترط العلم به كباقى العقود) وأيضاً : المادة ٩٥١ من مجلة الأحكام الشرعية .

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم مع غمز العيون والبصائر جــ ٤ ص ٥ .

(٣) أ.د حسين حامد حسان : المرجع السابق ص ٧٠ ، ٧١ .

(٤) الــبدائع جــ ٦ ص ٢٣٥ ، الخرشــى علــى مختصر خليل جــ ٥ ص ٢٣٧ ، كشــاف القــناع جــ٣ ص ٣٢٢ ، ٣٢٣ ، المحلــى جــ ٨ ص ١٠٢ رقــم ١٢٢١ ، الــبحر الــزخار جــ ٤ ص ١١٦ ، شــرائع الإسلام جــ ٢ ص ٧٦ ، ريــاض المســائل جــ ٥ ص ٣٥٠ ، شــرح كتاب النيل وشفاء العليل جــ ١١ ص ٣٤ .

(٥) د. مصطفى عبد الحميد عياد فى رسالته السابقة ص ١٨٥ .

الفرع الثانى

شروط انعقاد رهن الدين فى القانون المدنى

٣٩٠ - يخضع رهن الدين فى انعقاده للقواعد العامة فى نظرية العقد ، لذلك فإنه يشترط لانعقاده توافر الرضا ، والمحل ، والسبب :

٣٩١ - **أولاً : التراضى فى عقد رهن الدين :**

رهن الدين عقد ، ومن ثم يجب لكى ينعقد أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين (المادة ٨٩مدنى) وطرفا عقد رهن الدين هما الراهن والمرتهن .

ويلزم أن تكون إرادة كل من طرفيه سليمة وخالية من العيوب ، وهى الغلط ، والتدليس والإكراه ، والاستغلال . (١)

كما يلزم أن تتوافر فى كل من طرفيه الأهلية اللازمة لإبرامه ، ولما كان رهن الدين من العقود الدائرة بين النفع والضرر ، وجب أن يكون كل من الراهن والمرتهن كامل الأهلية ، وعلى ذلك إذا كان أحدهما أو كلاهما عديم الأهلية وقع العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً ، بينما يقع قابلاً للإبطال إذا أبرمه من هو فى سن التمييز ، ودون سن الرشد . (٢)

٣٩٢ - **ثانياً : السبب فى عقد رهن الدين :**

ورهن الدين عقد كسائر العقود يلزم لقيامه وجود سبب صحيح ومشروع ، وفقاً للقواعد العامة ، فإذا كان الباعث الدافع على الرهن ،

---

(١) أ.د محمود جمال الدين زكى : التأمينات الشخصية والعينية فقرة ٢٢٥ ص ٣٦٦ طبعة مطابع دار الشعب ـ الطبعة الثالثة سنة ١٩٧٩م ، أ.د محمد لبيب شنب : دروس فى التأمينات العينية والشخصية فقرة ١٤٣ ص ١٣٨ الناشر : دار النهضة العربية سنة ١٩٧٣م ، أ.د حسام الدين كامل الأهوانى : التأمينات العينية فى القانون المدنى المصرى : فقرة ٥٦٠ ص ٦٦٠ الطبعة الثالثة سنة ١٩٩٩م ـ ٢٠٠٠م .

(٢) أ.د محمد كامل مرسى : الحقوق العينية التبعية : فقرة ٢٩٣ ص ٣٧٩ ، ٣٨٠ ، أ.د السنهورى : فقرة ٥٠٧ ، ٥٠٨ ص ٧٥٢ ، ٧٥٣ ، أ.د محمود جمال الدين زكى : فقرة ٢٥ ص ٣٦٧ ، أ.د محمد لبيب شنب : فقرة ١٤٥ ص ١٣٩ أ.د عبد الناصر توفيق العطار : فقرة ٩٤ ص ١٨٧ .

يتنافى مع النظام العام ، أو الآداب كان عقد رهن الدين باطلاً . (المادة ١٣٦مدنى) [1] .

٣٩٣ – ثالثاً : المحل فى عقد رهن الدين :

لكى ينعقد رهن الدين صحيحاً فإنه يشترط فى محله الشروط التى تقررها القواعد العامة فى محل العقد ، ومحل رهن الدين هو الدين المرهون ، وحسب القواعد العامة يجب أن يكون الدين المرهون معيناً تعييناً نافياً للجهالة ، وأن يكون الدين المرهون مقدوراً على تسليمه ، وذلك عن طريق السند الكتابى الذى يثبت الدين تحت يد المرتهن . [2]

كما يجب أن يكون الدين المرهون موجوداً وقت العقد ، فإذا لم يكن الدين المرهون موجوداً وقت إبرام العقد ، وإنما كان مستقبلاً وقع الرهن باطلاً بطلاناً مطلقاً [3] ، وقد ورد هذا الحكم فى المادة ١٠٩٨ من القانون المدنى المصرى التى تنص على أنه : " تسرى على الرهن الحيازى أحكام المادة ١٠٣٣ ... " وهذه المادة الأخير تنص فى فقرتها الثانية على أنه : " ويقع باطلاً رهن المال المستقبل " .

كذلك يجب أن يكون الدين المرهون مملوكاً للراهن ، وذلك لأنه ملتزم بتسليم سند الدين إلى المرتهن ، وفاقد الشىء لا يعطيه ، وعلى ذلك إذا

---

(١) أ.د محمود جمال الدين زكى : فقرة ٢٢٤ ص ٣٦٦ ، أ.د غازى ابو عرابى : رهن الدين فى التشريع الأردنى : ص ٢٩٨ وهو بحث منشور فى مجلة دراسات الأردنية ـ المجلد ٢٤ ـ العدد الثانى كانون الأول ١٩٩٧ ـ شعبان ١٤١٨هـ .

(٢) أ.د غازى أبو عرابى : المرجع السابق ص ٢٩٨ .

(٣) أ.د السنهورى : فقرة ٥١٢ ص ٧٥٧ حيث يرى ـ رحمه الله ـ أن السبب فى بطلان رهن المال المستقبل بطلاناً مطلقاً يرجع إلى عدم تعيين المال المرهون تعييناً كافياً . وأيضاً : أ.د عبد المنعم البدراوى : فقرة ٢١٨ ص ٢٠٥ ، أ.د توفيق حسن فرج : فقرة ٢٣٥ ص ٢١٦ ، أ.د حسام الأهوانى : فقرة ٥٧٠ ص ٦٦٦ ، أ.د نبيل إبراهيم سعد : التأمينات العينية والشخصية فقرة ١٤٤ ص ١٨٣ ، الناشر : منشأة المعارف ـ الإسكندرية ـ بدون تاريخ .

كـــان الديـــن المرهون مملوكاً لغير الراهن ، فإن الرهن ــ والحالة هذه ــ يكـــون قـــابلاً للإبطـــال بناء على طلب الدائن المرتهن ، ويزول حق طلب الإبطـــال بإجـــازة المرتهن العقد صراحة ، أو ضمناً ، أو بالتقادم ، وبإقرار المـــالك ، أما بالنسبة للمالك الحقيقى للدين فإن الرهن لا ينفذ فى حقه إلا إذا أقـــره [1] ، فـــإذا أقره كان للإقرار أثر رجعى إلى تاريخ إبرام العقد،وإذا لم يقره كان له الحق فى طلب استرداده طبقاً للقواعد العامة .[2]

كذلك يشترط فى الدين محل الرهن أن يكون مما يمكن بيعه (المادة ١٠٩٧) وذلـــك حتى يمكن بيعه والوفاء بحق الدائن إذا لم يوف به المدين ، فإذا لم يكن المرهون قابلاً للبيع لم يمكن تحقق ذلك فيه . [3]

بالإضـــافة إلـــى ما تقدم فإنه يشترط أن يكون الدين المرهون قابلاً للحوالـــة ، والحجـــز عليه ، وذلك لأن مصير الشيء المرهون ــ فى حالة عـــدم ســـداد الديـــن المضـــمون ــ أن يباع ليستوفى الدائن حقه من ثمنه ، وبـــيع الديـــن يعنى تغيير شخص الدائن ، ومن ثم لا يجوز رهن الدين الذى

---

(١) المـــادة ١/١٠٣٣ مدنـــى وأيضـــاً : أ.د الســـنهورى : فقرة ٥١١ ص ٧٥٥ ، أ.د محمـــود جمـــال الديـــن زكـــى : فقـــرة ٢٢٦ ص ٣٦٧ ــ ٣٦٨ ، أ.د عبد المنعم الـــبدراوى : فقـــرة ٢١٩ ص ٣٠٦ ، أ.د محمـــد لبيـــب شـــنب : فقـــرة ١٥٣ ص ١٤٧ ، أ.د غازى أبو عرابى : المرجع والمكان السابقان .

(٢) غـــير أنـــه قـــد يوجـــد مـــا يحول دون مالك الدين واسترداد دينه فى هذه الحالة ، وذلـــك لـــو كـــان الديـــن المـــرهون ثابتاً فى سند لحامله ، وتوافرت شروط قاعدة الحـــيازة فـــى المـــنقول ســـند الحائز ، ففى هذه الحالة يستطيع الدائن المرتهن أن يتمســـك بنشـــوء الرهـــن فـــى مواجهـــة مالك الدين إذا كان الدائن المرتهن حسن النـــية وقـــت الرهـــن ، بـــان كـــان يعـــتقد أن الراهن هو المالك ، وكان الدائن قد تســـلم ســـند الديـــن ، وفـــى هـــذه الحالة يكون من حق الدائن المرتهن أن يمتنع عـــن رد الديـــن المـــرهون إلـــى مالكـــه حـــتى يستوفى دينه كاملاً . ينظر : أ.د محمـــود جمـــال الديـــن زكـــى : فقـــرة ٢٢٦ ص ٣٦٨ ، أ.د محمد لبيب شنب : فقـــرة ١٥٣ ص ١٤٧ ، أ.د حســـام الديـــن كـــامل الأهوانـــى : فقـــرة ٥٧٣ ص ٦٧٠ ، ا.د نبيل سعد : فقرة ١٤٦ ص ١٨٤ .

(٣) أ . د الســـنهورى فـــى الوســـيط جـــ ١٠ ، التأمـــينات الشخصـــية العينية ، فقرة ٥١٦ ، أ . د محمد كامل مرسى : الحقوق العينية التبعية فقرة ٣٦٧ .

لا يقبل الحوالة . [1]

وهذا ما قررته المادة ١١٢٥ من القانون المدنى التى تنص على أنه : " إذا كان الدين غير قابل للحوالة ، أو للحجز فلا يجوز رهنه " .

وتطبيقاً لذلك : إذا كان الدين غير قابل للحوالة ، أو للحجز عليه كدين النفقة ، أو المعاش ، أو السندات غير القابلة للتحويل ، فلا يجوز رهنه . [2]

٣٩٤ – المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى :

بالنظر إلى شروط انعقاد رهن الدين فى كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى يتضح اتفاقهما فى كثير من المواطن ، واختلافهما فى النذر اليسير .

*** مواطن الاتفاق :**

فيتفق الفقه الإسلامى والقانون المدنى فيما يتعلق بركنى الرضا والسبب ، فعقد رهن الدين فى كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى يخضع للقواعد العامة فى العقود بالنسبة لركن الرضا ، فيجب أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتهما فى إبرام عقد رهن الدين ، وأن تكون هذه الإرادة خالية من العيوب ، كما يجب أن تتوافر فى طرفيه الأهلية اللازمة لإبرام عقد رهن الدين ، وهى أهلية التصرف ، فإذا كان أحدهما عديم الأهلية وقع العقد باطلاً ، وإن كان ناقص الأهلية كان العقد موقوفاً عند الحنفية والمالكية ، وباطلاً عند الشافعية والحنابلة ، كما سبق الذكر .

كما يتفقان فى ضرورة أن يكون لرهن الدين سبب مشروع ، وإلا كان العقد باطلاً .

كما يتفق الفقه الإسلامى والقانون المدنى فى أن كلاً منهما يشترط فى

---

(١) أ.د حسام الأهوانى : فقرة ٥٦٩ ص ٦٦٦ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٧ ص ٢٧١ ، أ.د السنهورى : فقرة ٦٥٢ ص ٩٠٨ ، أ.د محمد كامل مرسى : فقرة ٣٦٧ ص ٤٩٣ ، أ.د محمود جمال الدين زكى : فقرة ٢٨٢ ص ٤٢٦ ، أ. د سمير عبد السيد تناغو : فقرة ١٤٦ ص ٤٠١ ، أ.د حسام الأهوانى : المرجع والمكان السابقان .

محل الرهن أن يكون موجوداً عند إبرام العقد ، وأن يكون مملوكاً للراهن .

كذلك يتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فى أنه يشترط فى محل رهن الدين أن يكون قابلاً للبيع ، وذلك لأن الهدف الأساسى للرهن هو إمكان بيع الشيء المرهون واستيفاء حق الدائن منه عند تعذر الاستيفاء من الدائن ، فإذا لم يكن المرهون قابلاً للبيع لضاعت الحكمة من الرهن .

* وإذا كان القانون المدنى يتفق مع الفقه الإسلامى فيما تقدم إلا أنه يشترط فى الدين المرهون - علاوة على ما تقدم - أن يكون الدين قابلاً للحوالة والحجز (المادة ١١٢٥مدنى) ويبدو أنه لا لزوم لهاتين الشرطين - اذ يغنى عنهما اشتراط أن يكون الدين المرهون قابلاً للبيع على نحو ما قال به الفقه الإسلامى .

المطلب الثانى

شروط نفاذ رهن الدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٣٩٥- ويشتمل على فرعين : -

الفرع الأول : شروط نفاذ رهن الدين فى الفقه الإسلامى .

الفرع الثانى : شروط نفاذ رهن الدين فى القانون المدنى .

* المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الفرع الأول

شروط نفاذ رهن الدين فى الفقه الإسلامى

٣٩٦- سبق أن الذكر أن رهن الدين فى الفقه الإسلامى له صورتان :

الأولى : رهن الدين عند غير المدين به .

والثانية : رهنه عند المدين به .

وعلى ذلك ، فسأتناول شروط نفاذ رهن الدين فى كل من هاتين الصورتين :-

٣٩٧- **أولاً** : **شروط النفاذ فى حالة رهن الدين عند غير المدين به** :

إذا رهن الدين عند غير المدين به ، فإنه يشترط لنفاذه فى حق الغير

أن يدفع الراهن إلى المرتهن وثيقة الدين ليحوزها ، ويشهد على هذه الحيازة ، هذا إذا كان الدين ثابتاً فى وثيقة ، أما إذا لم يكن الدين ثابتاً فى وثيقة فيكفى لنفاذه فى حق الغير الإشهاد على حيازة المرتهن للدين [1] ، ففى هذا الإشهاد كفاية لإعلام الغير بأن الدين قد تعلق به حق لغير الدائن . [2]

أما نفاذ رهن الدين عند غير المدين فى حق المدين فيشترط له الجمع بين المرتهن ومن عليه الدين [3] ، وذلك حتى لا يوفى من عليه لدين لغير المرتهن .

هذا : ويقوم مقام الجمع بين المدين بالدين والمرتهن أية وسيلة من شأنها أن يتحقق بها علم المدين بالرهن . [4]

٣٩٨- ثانياً : شروط النفاذ فى حالة رهن الدين عند المدين به :

إذا كان الدين مرهوناً عند المدين به ، فإنه ينعقد صحيحاً لازماً فى حق الراهن ، ونافذاً فى حق الغير بمجرد الإيجاب والقبول ، إذ لم يشترط المالكية فى هذه الصورة ما اشترطوه فى رهن الدين عند غير المدين به ، فالمرتهن يعد حائزاً للدين المرهون الذى عنده بمجرد عقد الرهن ويترتب على هذه الحيازة أثرها من اعتبار الرهن نافذاً فى حق الغير ، وذلك لأن حيازة المرتهن وثيقة الدين فى هذه الصورة غير ممكنة ، وذلك لأن الوثيقة دليل الراهن على دينه ، فلا يمكن تسليمها للمرتهن حتى لا ينكر الدين الذى عليه ، ويطالب بدينه هو .

ومع ذلك فإن الإشهاد على حيازة المرتهن للدين الذى عليه بوصفه مرتهناً له ينبغى أن يكون شرطاً فى نفاذ الرهن – هنا – فى حق الغير ،

---

(١) المنتقى شرط الموطأ جـ ٥ ص ٢٥١ ، الذخيرة للقرافى جـ ٨ ص ٨٨ ، ٨٩ ، شرح الزرقانى على مختصر خليل جـ ٥ ص ٢٣٤ ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٢٣١ .

(٢) أ.د حسين حامد حسان : المرجع السابق ص ٨٧ .

(٣) شرح الزرقانى على المختصر : الموضع نفسه ، حاشية الدسوقى : الموضع نفسه .

(٤) أ.د حسين حامد حسان : المرجع السابق : الموضع نفسه .

وذلك حماية لدائن الراهن .

فقد يقصد الراهن أن يمنع دائنيه من التنفيذ على ديونه قبل الغير ، فيتواطأ مع هذا الغير على أن الدين الذى عليه مرهون فى دين له على الراهن ، وبذلك يتعذر على دائنى الراهن التنفيذ على هذا الدين ، وإنما يختص به المدين بدعوى أنه رهن فى دينه ، فكان لابد من الإشهاد على أن المدين يحوز الدين الذى عليه بوصفه دائناً مرتهناً ، وبدون هذا الإشهاد لا يحتج بهذا الرهن على دائنى الراهن . (١)

أما نفاذ رهن الدين فى حق المدين ــ فى هذه الصورة ــ فلا محل للقول بأنه يشترط له إدخال المدين فى الرهن ، وذلك بالجمع بينه وبين الدائن المرتهن ــ كما هو الحال فى صورة رهن الدين عند غير المدين ــ وذلك لأن الفرض فى الصورة التى نحن بصددها أن المدين بالدين المرهون طرفاً فى عقد رهن الدين ، إذ إنه المرتهن لهذا الدين ، ولن يسلمه للراهن قبل استيفاء حقه كاملاً منه . (٢)

الفرع الثانى

شروط نفاذ رهن الدين فى القانون المدنى

٣٩٩- تختلف الشروط اللازمة لنفاذ رهن الديون العادية عن الشروط اللازمة لنفاذ رهن الديون الثابتة فى سندت ، سواء كانت اسمية ، أو إذنية ، أو حاملها ، وسأتناول كلاً منها ، وذلك على النحو التالى :

٤٠٠ – أولاً : نفاذ رهن الديون العادية :

ورد النص على نفاذ رهن الديون العادية فى المادة ١١٢٣ من

---

(١) أ.د حسين حامد حسان : ص ٨٨ ، ٨٩ .

(٢) ينظر فى اشتراط الجمع بين المدين والدائن المرتهن لنفاذ رهن الدين فى حق المدين فى صورة رهن دين لغير المدين ، وعدم اشتراطه فى صورة رهنه للمدين .: المستخرجة من الأسمعة المعروفة بالعتبية جـ ١١ ص ١٠٧ ، شرح الزرقانى على المختصر جـ ٥ ص ٢٣٤ ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٢٣١ ، وأيضاً حسين حامد حسان ص ٨٩ .

القانون المدنى ، والتى تنص على أنه :

"١- لا يكون رهن الدين نافذاً فى حق المدين إلا بإعلان هذا الرهن إليه أو بقبوله نه وفقا للمادة ٣٠٥.

٢- ولا يكون نافذاً فى حق الغير إلا بحيازة المرتهن لسند الدين المرهون ، وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للإعلان ، أو القبول) .

يتضح من هذا النص أنه يفرق بين نفاذ رهن الديون العادية فى حق المدين وبين نفاذه فى حق الغير :

فالقـــانون يســـتلزم لنفاذ رهن الديون العادية فى حق المدين أن يعلن الرهـــن إليه ، أو أن يقبل الرهن ، وفقاً لما هو مقرر فى المادة ٣٠٥ مدنى بشـــأن نفـــاذ حوالة الحق فى مواجهة المدين ، فرهن الدين كالحوالة ، فكما يكفـــى لانعقـــاد الحوالة رضاء الدائن المحيل ، والمحال لـــه ، فإن رضاء الراهـــن والمرتهـــن كـــاف لانعقاد رهن الدين ، وكما أن المدين لا تنفذ فى حقـــه الحوالة إلا إذا علم بها عن طريق إعلانه بها ، أو قبوله إياها ، فكذلك رهن الدين . (١)

أما نفاذ رهن الديون العادية فى مواجهة الغير ، فإن القانون يشترط لذلـــك شرطين : الأول : حيازة المرتهن لسند الدين المرهون ، والثانى : أن يكون الرهن نافذاً فى حق المدين بإعلانه، أو قبوله ، وبشرط أن يكون قبوله الحوالة ثابت التاريخ إذا نفذ الرهن فى حقه عن طريق القبول .

وتتحدد مرتبة الرهن بالتاريخ الثابت لقبول المدين ، أو لإعلانه ، إذا كـــان الدائـــن المرتهن قد تسلم سند الدين المرهون قبل ذلك ، أما إذا حصل تســـليم الســـند فى تاريخ لاحق للتاريخ الثابت للقبول ، أو للإعلان ، كانت مرتبة الرهن من تاريخ التسليم ، والأصل أن يفترض أن الحيازة قد تمت مع

---

(١) أ.د محمـــد كـــامل مرســـى : التأميـــنات العينـــية : فقـــرة ٣٦٠ ص ٤٨٦، . أ.د محمـــود جمـــال الديـــن زكـــى : فقـــرة ٢٤٦ ص ٣٩٥ ، أ.د محمد لبيب شنب : فقـــرة ١٩٠ ص ١٧٥ ، أ.د حســـام الديـــن الأهوانـــى : فقرة ٦٢٣ ص ٧٠١ ، أ.د ســـميرعبد الســـيد تـــناغو : التأميـــنات الشخصـــية والعينـــية : فقـــرة ١٤٦ ص ٤٠٠ سنة ١٩٨٥م ، أ.د محمد طه البشير : فقرة ٢٩١ ص ٢٥٠ .

الإعلان ، أو القبول ، أو قبله ، وعلى من يدعى العكس إثبات ذلك . [١]

٤٠١ – ثانياً : الديون الثابتة فى سندات اسمية أو إذنية :

تنص المادة ١١٢٤ من القانون المدنى على أن : " السندات الاسمية والسندات الإذنية يتم رهنها بالطريقة الخاصة التى رسمها القانون لحوالة هذه السندات على أن يذكر أن الحوالة قد تمت على سبيل الرهن ، ويتم الرهن دون حاجة إلى إعلان " .

فهذا النص يفرق بين ما إذا كان الدين ثابتاً فى سند اسمى، وبين ما إذا كان ثابتاً فى سند إذنى :

فإذا كان الدين ثابتاً فى سند اسمى ، فإنه يتم رهنه بالطريقة الخاصة التى رسمها القانون لحوالة هذه السندات ، وهى القيد فى سجلات الشركة التى أصدرته بما يفيد رهنه ، وذلك دون الحاجة إلى إعلان الشركة [٢] ، ويجب ــ فضلاً عن ذلك ــ تسليم السند للدائن المرتهن ، فانتقال الحيازة شرط عام لنفاذ الرهن فى حق الغير . [٣]

أما إذا كان الدين ثابتاً فى سند إذنى كالأوراق التجارية ، فإن رهنه يتم عن طريق تظهير السند ، على أن يذكر أن هذا التظهير قد تم بقصد الرهن ، ولا ينفذ الرهن فى حق الغير إلا بتسليمه إلى الدائن المرتهن ، وذلك دون حاجة إلى إعلان المدين . [٤]

---

(١) أ.د محمد كامل مرسى : فقرة ٣٦٠ ص ٤٨٦ ، ٤٨٧ ، أ.د محمود جمال الدين زكى : فقرة : ٢٤٦ ، ص ٣٩٥ ، ٣٩٦ ، أ.د حسام الأهوانى : الموضع نفسه ، أ.د نبيل إبراهيم سعد : فقرة ١٦٠ ص ١٩٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٧ ص ٢٧١ ، أ.د السنهورى : فقرة ٦٥١ ص ٩٠٧ ، أ.د عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٣٤ ص ٢٣٢ ، ٢٣٣ ، أ.د محمود جمال الدين زكى : فقرة ٢٤٧ ص ٢٩٦ ، أ.د محمد طه البشير : الموضع نفسه ، أ.د نبيل سعد : الموضع نفسه .

(٣) أ.د عبد المنعم البدراوى : الموضع نفسه .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٧ ص ٢٧١ ، أ.د السنهورى : الموضع نفسه ، أ.د عبد المنعم البداروى : الموضع نفسه ، أ. د محمود جمال الدين زكى : الموضع نفسه ، أ.د عبد الناصر العطار : فقرة ١١٢ ص ٢١٧ .

٤٠٢ – ثالثاً : رهن الديون الثابتة فى سندات لحاملها :

تعد السندات لحاملها بمثابة المنقولات المادية ، فقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى بعد أن ذكرت كيفية رهن السندات الاسمية ، والإذنية : " وتعتبر السندات لحاملها كالمنقولات المادية ، وتجرى عليه أحكام هذه المنقولات " [١] .

وعلى ذلك لا ينفذ رهن السندات لحاملها فى حق الغير ، إلا إذا دون الرهن فى ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها الشىء المرهون ، والحق المضمون بياناً كافياً ، وذلك علاوة على نقل حيازة هذه السندات إلى الدائن المرتهن . [٢]

٤٠٣ – المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى :

بالنظر إلى موقف كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى فيما يتعلق بشروط نفاذ رهن الدين يتضح اتفاقهما بالنسبة لنفاذ رهن الدين بالنسبة للغير ، فالقانون المدنى يشترط لنفاذ رهن الدين بالنسبة للغير شرطين هما : حيازة المرتهن سند الدين ، وإعلان المدين بالرهن أو قبوله إياه[٣] وهذا لا يختلف عما هو مقرر فى الفقه الإسلامى ، ذلك أن المالكية – كما سبق القول – يشترطون لنفاذ رهن الدين بالنسبة للغير حيازة المرتهن لوثيقة الدين ، ويزيدون على ذلك الإشهاد على أن المرتهن يحوز الدين المرهون على سبيل التوثق [٤] ، كما أن بعض المالكية يشترط لنفاذ رهن الدين فى حق الغير إعلام من عليه الدين بالرهن ، هو ما عبر عنه بالجمع بين من عليه الدين المرهون والدائن المرتهن [٥] ، وبهذا يكون الفقه الإسلامى متفقاً مع

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٧ ص ٢٧١ .

(٢) أ.د محمد كامل مرسى : فى الموجز : فقرة ١٧٣ ص ١٢٢ ، أ.د السنهورى : ٦٥٠ ص ٩٠٦ ، أ.د عبد المنعم البدراوى : فقرة ٢٣٥ ص ٢٣٣ .

(٣) المادة ١١٢٣ مدنى .

(٤) المنتقى شرح الموطأ جـ ٥ ص ٢٥١ ، الذخيرة للقرافى ، جـ ٨ ، ص ٨٨ ، ٨٩ .

(٥) تبصرة الحكام لابن فرحون جـ ٢ ص ٢٢٦ ، وفيه : (ورهن الدين بأن يدفع له عقده ، حضر الذى عليه الحق أو لا ، فذلك جائز ، وقيل : لا يكون رهناً حتى يجمع بينهما ، ويوافق الذى عليه الحق ، والأول أحسن) .

القانون المدنى فى اشتراط حيازة سند الدين ، وإعلام المدين برهن الدين الذى عليه .

كذلك يتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فيما يتعلق بنفاذ رهن الدين فى حق المدين فالقانون المدنى يشترط إعلانه به ، أو قبوله إياه ، ويشترط المالكية كذلك الجمع بين المدين والمرتهن[1] ، وبذلك يتحقق الإعلان .

هذا : ولا يخفى أن القانون المدنى لا ينظم إلا صورة رهن الدين عند غير المدين به ، أما صورة رهن الدين عند المدين به فلا يجيزها القانون ومن ثم فلا مجال للكلام على شروط نفاذ رهن الدين فى هذه الحالة .

المبحث الثالث

آثار رهن الدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٤٠٤- ويشتمل هذا المبحث على مطلبين :

المطلب الأول : آثار رهن الدين بالنسبة للراهن فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المطلب الثانى :آثار رهن الدين بالنسبة للمرتهن فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المطلب الأول

آثار رهن الدين بالنسبة للراهن فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٤٠٥- يرتب رهن الدين بالنسبة للراهن آثاراً ثلاثة : أولها : التزام الراهن بتسليم الدين المرهون ، وثانيها : التزامه بعدم التصرف فيه ، وثالثها : التزامه بنفقات المحافظة عليه ، وسوف أتناول كل التزام من هذه الالتزامات فى فرع مستقل :

---

(١) شرح الزرقانى على المختصر ، جـ ٥ ص ٢٣٤ ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٢٣١ .

الفرع الأول

التزام الراهن بتسليم الدين المرهون فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٤٠٦- ويشتمل على غصنين :

الغصن الأول : التزام الراهن بتسليم الدين المرهون فى الفقه الإسلامى .

الغصن الثانى : التزام الراهن بتسليم الدين المرهون فى القانون المدنى .

* المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الغصن الأول

التزام الراهن بتسليم الدين المرهون فى الفقه الإسلامى

٤٠٧ - يجب على الراهن فى رهن الديون أن يسلم الدين المرهون إلى الدائن المرتهن ، كما هو الحال فى رهن الأعيان ، وذلك لأن الدائن المرتهن لا يستطيع أن يحتج بهذا الرهن فى مواجهة الغير إلا إذا تسلم ، أو حاز الدين المرهون . (١)

غير أن الديون لما كانت أموالاً حكمية فى الذمة ، فإن التسليم أو القبض المادى فيها غير متيسر ، فاكتفى فيها بالقبض الحكمى (٢) ، ويفرق المالكية فيما يتعلق بتسليم الدين المرهون بين ديون لها ذكر حق ـ أى : سند دين ـ وبين ديون ليس لها ذلك .

فبالنسبة للديون التى لها ذكر حق ، فإن تسليمها يكون بتسليم هذا السند ، والإشهاد على أن المرتهن يجوز هذا السند بوصفه مرتهنا للمدين المدون فيه ، فإذا سلم الراهن سند الدين للمرتهن فقد وفى بالتزامه ، وإذا امتنع عن هذا التسليم كان للمرتهن أن يطلب من القضاء أن يجبر الراهن عليه ، كما يجبره على تسليم الأعيان المرهونة ، لأن وثيقة الدين من الأشياء

---

(١) أ.د حسين حامد حسان : المرجع السابق ص ١٠١ .

(٢) المنتقى شرح الموطأ جـ ٥ ص ٢٥١ .

المادية التى يمكن فيها التنفيذ الجبرى العينى . [١]

هــذا كلــه إذا كان الدين قد رهن عند غير المدين به ، أما فى حالة رهــن الديــن عند المدين به فإن المالكية لا يشترطون تسليم سند الدين إلى الدائن المرتهن وذلك لأن المرتهن ــ فى هذه الصورة ــ هو المدين ، وليس مــن المعقول أن تسلم لــه وثيقة الدين ، لما سبق ذكره من أنه لا يؤمن أن يجحــد الدين الذى عليه ، ويطالب بدينه هو إذا تمكن من استرداد السند [٢] ، وعلاجاً لذلك فإن المالكية يقررون أن السند ــ فى هذه الحالة ــ يوضع عند عدل . [٣]

وبالنسبة للديون التى ليس لها ذكر حق ، أى غير الثابتة فى سند أو وثــيقة فإن تسليمها إنما يكون بالإشهاد على أن المرتهن يحوز الدين بوصفه مرتهــناً ، سواء كان ذلك فى صورة رهن الدين عند غير المدين به [٤] ، أو فى صورة رهن الدين عند المدين به . [٥]

الفصـل الثـانى

التـزام الراهـن بتسليم الديـن المرهـون فى القـانون المـدنى

٤٠٨- الــتزامات الراهن والمرتهن فى رهن الدين هى نفس التزاماتهما فى رهن الأشياء الأخرى ، وعلى ذلك فيجب على الراهن أن يسلم سند الدين[٦]، ويكون هذا التسليم بوضع هذا السند تحت تصرف الدائن المرتهن أو العدل ،

---

(١) أ.د حسين حامد حسان : المرجع السابق ص ١٠٢ .

(٢) ينظر آنفاً : فقرة ٣٨٥ من هذه الرسالة .

(٣) الذخيرة للقرافى جـ ٨ ص ٨٠ .

(٤) المنــتقى للــباجى جـــ ٥ ص ٢٥١ ، المســتخرجة من الأسمعة المعروفة بالعتبية جـ ١١ ص ١٠٧ ، الذخيرة للقرافى جـ ٨ ص ٨٨ ، ٨٩ .

(٥) أ.د حسين حامد حسان : المرجع السابق ص ١٠٣ .

(٦) مجموعــة الأعمــال التحضــيرية جـــ ٧ ص ٢٧٣ ، ٢٧٤ ، أ.د الســنهورى : فقــرة ٦٥٣ ص ٩١١ ، أ.د عــبد المــنعم الــبدراوى : فقــرة ٢٤٠ ص ٣٤٠ ، أ.د توفــيق حســن فــرج : فقــرة ٢٨٠ ص ٢٥٦ ، أ.د حســام الدين الأهوانى : فقرة ٥٧٩ ص ٦٧٥ .

والغـــرض منه تمكين الدائن المرتهن من احتباس هذا السند إلى حين استيفاء حقه ، كما أن لانتقال حيازة السند إلى الدائن المرتهن فائدة أخرى ، ألا وهى نفـــاذ الرهن فى مواجهة الغير ، بحيث يعلم هذا الغير أن الدين المرهون لم يعد من أموال الراهن الخالية من حقوق الغير . [1]

فإذا أخل الراهن بالتزامه بالتسليم كان الجزاء هو التنفيذ العينى جبراً إذا كان ذلك ممكناً فإذا تعذر أمكن فسخ العقد مع التعويض إن كان له محل، فإذا حكم بالفسخ سقط أجل الدين المضمون لعدم تقديم المدين ما وعد به من تأمين . [2]

٤٠٩ – **المقارنـة بيـن الفقـه الإسلامى والقـانون المـدنى :**

بالـــنظر إلى موقف كلمن الفقه الإسلامى والقانون المدنى إلى التزام الراهن بتسليم الدين المرهون ، فإنه يتضح اتفاقهما فى حالة ما إذا كان الدين مكـــتوباً ورهـــن عند غير المدين به ، ففى هذه الحالة يجب على الراهن أن يسلم سند الدين إلى الدائن المرتهن .

وإذا كـــان القـــانون المدنـــى يـــتفق مع الفقه الإسلامى فيما تقدم إلا أنهمـــا يخـــتلفان فـــى أن القانون المدنى لا يجيز رهن الدين لغير المدين إذا كـــان غـــير ثابـــت بالكتابة ، وكذا لا يجيز رهن الدين عند المدين به ، أما الفقه الإسلامى فإنه يجيز رهن الدين فى الحالتين السابقتين ، ففى حالة رهن الديـــن غير الثابت بالكتابة فإن تسليمه إنما يكون بالاشهاد على أن المرتهن يحـــوز الديـــن بوصـــفه مرتهـــناً ، وأما فى حالة رهن الدين عند المدين به فـــإن المالكـــية لا يشـــترطون تســـليم سند الدين إلى الدائن المرتهن ، لأنه هو المدين بالدين ، ويخشى أن يجحده إذا ما تسلم السند ، وإنما يوضع السند فى هذه الحالة عند عدل .

---

(١) أ.د عـــبد الـــرزاق الســـنهورى : فقـــرة ٥٣٦ ص ٧٨٨ ، ٧٨٩ ، أ.د غـــازى أبو عرابى : السابق ص ٣٠٥ .

(٢) أ.د الســـنهورى : فقـــرة ٥٤٦ ص ٧٩٨ ، أ.د عـــبد المـــنعم البدراوى فقرة ٢٤٠ ص ٣٤٠ ، أ.د أحمـــد ســـلامة : مذكـــرات فـــى التأميـــنات المدنـــية ص ١٠٢ ، الطـــبعة الأولـــى ســـنة ١٩٦١ ـــ ١٩٦٢م ، أ.د الســـيد عـــيد نايل : ص ٢٥٥ ، ٢٥٦.

الفـرع الثـانى

التـزام الراهـن بعـدم التصـرف فى الديـن المرهـون فى الفقـه الإسـلامى والقـانون المـدنى

٤١٠ – ويشتمل على غصنين :

الغصـــن الأول : التزام الراهن بعدم التصرف فى الدين المرهون فى الفقه الإسلامى

الغصن الثانى : التزام الراهن بعدم التصرف فى الدين المرهون فى القانون المدنى

* المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى

الغصـن الأول

التـزام الراهـن بعـدم التصرف فى الديـن المرهـون فى الفقـه الإسـلامى

٤١١ – يلتزم الراهن بعدم التصرف فى الدين المرهون تصرفاً يضر بالدائن المرتهن ، سواء كان هذا التصرف تصرفاً مادياً ، أو تصرفاً شرعياً : [1]

٤١٢– ١– **التصـرف المادى فى الديـن** : والتصرف المادى فى المال المرهون يكـون بإتلافه كلياً أو جزئياً ، ويمكن تصور ذلك فى الدين المرهون ، فقد ذكر المالكية أمثلة للإتلاف المادى للدين ، عموماً ، والتى منها : تقطيع وثيقة الدين ، أو إمساكها عن الدائن إذا لم يكن لدى الدائن ما يثبت الدين غيرها ، ومن هذه الصور أيضاً : قتل الشاهدين ، أو أحدهما إذا كان الدين لا يثبت إلا بشاهدين ، وقتل من عليه الدين إذا لم يخلف تركة ، لأنه كان يمكنه اكتسابه ، ففـى هذه الصور يضمن متلف وثيقة الدين ، أو قاتل المدين ، أو الشاهدين قيمة الدين للدائن ، لأنه فوته عليه بفعله هذا . [2]

---

(١) أ.د حسين حامد حسان : ص ١١٧.

(٢) الشـرح الكبـير وحاشـية الدسـوقى جـ ٢ ص ١١١ فى باب الزكاة قبيل باب المبـاح جـ ٣ ص ٢٢٥ ، وفـيه أمـثلة للإتـلاف المادى كإمساك الوثيقة ، أو تقطـيعها حـتى يضـيع مـا فـيها ، وقـتل شاهدى حق عمداً أو خطأ حتى فات الحـق بقـتلهما ، أو قـتل أحدهمـا حيـث كان الحق لا يثبت إلا بشاهدين ، ===

فـإذا طبقنا ذلك على إتلاف راهن الدين لهذا الدين ، أمكن القول بأن الراهن يلتزم بعدم إمساك الوثيقة عن المرتهن ، وبعدم إتلافها ، أو حرقها ، وعدم قتل المدين بالدين المرهون ، أو الشاهدين إذا كان الدين ثابتاً بالشهادة ، فـإذا وقع من الراهن شيء من ذلك كان متلفاً للدين المرهون ، وترتب على ذلك التزام الراهن بدفع قيمة الدين رهناً ، وإلا عجل دين المرتهن . (١)

٤١٣- ٢- **التصرف الشرعي في الدين** : كذلك يلتزم الراهن بألا يتصرف في الدين المرهون تصرفاً شرعياً (٢) من شأنه أن يفوت حق المرتهن ، أو ينقص منه .

ومن صور تصرف الراهن الممنوع في الدين المرهون أن يبيع هذا الدين ، أو يهبه للمدين، أو لغيره ، أو يبرئ المدين منه ، أو يصالحه عنه ، أو يحيل عليه ، أو يزيد من أجله ، لأن هذه التصرفات تفوت حق المرتهن ، أو تنقصه ، فإذا قام الراهن بشيء من هذه التصرفات كان مخلاً بالتزامه . (٣)

الفصل الثاني

التزام الراهن بعدم التصرف في الدين في القانون المدني

٤١٤ - وفي القانون المدني ـ أيضاً ـ يجب على الراهن أن يمتنع عن

=== وأيضاً : التاج والإكليل للمواق جـ ٣ ص ٢٢٥ ، شرح الزرقاني على مختصر خليل ، وحاشية الشيخ محمد البناني عليه جـ ٣ ص ٢١ ، شرح منح الجليل للشيخ محمد عليش جـ ١ ص ٥٨٨ ، ٥٨٩ .

(١) الشرح الكبير جـ ٣ ص ٢٤٢ ، وفيه : (ولو جنى عليه ـ أي الرهن ـ الراهن ، فإنه يؤمر بدفع القيمة رهناً ، وإلا عجل الدين ...) الخرشي على مختصر خليل جـ ٥ ص ٢٤٥ ، وفيه : (... فلو كانت الجناية من الراهن عجل الملئ الدين ، أو قيمتها ...) أ.د. حسين حامد حسان : المرجع السابق ص ١١٨ .

(٢) ليس المقصود بالتصرف الشرعي ـ هاهنا ـ التصرف المشروع ، لأن التصرف المشروع لا يترتب عليه فوات الحقوق ، ولا نقصانها ، وإنما المراد بالتصرف الشرعي ـ هنا ـ ما يقابل التصرف القانوني في القانون الوضعي من بيع وهبة وحوالة وغيرها .

(٣) أ.د. حسين حامد حسان : الموضع نفسه .

التصرف فى الدين المرهون على نحو يضر بمصالح الدائن المرتهن .

ولذلـــك نصت المادة ١١٠١ من القانون المدنى على أنه : " يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه ، وليس له أن يأتى عملاً ينقص من قيمة الشيء المرهون ، أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد ، وللدائن المرتهن فى حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التى تلزم للمحافظة على الشيء المرهون " .

وهذا النص وإن كان وارداً فى الرهن الحيازى بصفة عامة ، إلا أنه يســرى على رهن الدين ، وذلك لأن " التزامات الراهن والمرتهن فى رهن الدين هى نفس التزاماتهما فى رهن الأشياء الأخرى ... " (١) .

وعلى ذلك فالراهن يضمن سلامة الرهن ، بمعنى أنه لا يجوز له أن يقــوم بعمل مادى ، أو قانونى من شأنه أن يؤثر على حق الراهن ، أو يمس سلطاته على الدين المرهون ، فهو يضمن كل عمل من اعمال التعرض التى تصدر منه ، سواء أكان هذا التعرض مادياً ، أم قانونياً : (٢)

فعلــيه أن يمتــنع عن أعمال التعرض المادى ، ويدخل فى ذلك كل عمل يفوت به الدين المرهون ، أو ينقص من قيمته ، أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من عقد الرهن .

كما يجب عليه ــ أيضاً ــ أن يمتنع عن أعمال التعرض القانونى ،

---

(١) مجموعـــة الأعمـــال التحضـــيرية جــــ ٧ ص ٢٧٣ ، أ.د السنهورى : فقرة ٦٥٣ ص ٩١١ .

(٢) فلــيس للراهــن أن يخــرب الشــيء المــرهون قــبل تسليمه للدائن المرتهن ، أو يعطــى الغــير حقــاً عينــياً علــيه يكون نافذاً فى حق الدائن المرتهن ، كأن يبيع هــذا الشــيء ، أو يرهــنه مــرة ثانــية قــبل قــيد الرهن الأول ، أو أن يؤجره ويقتضــى أجــرته مقدمــاً . يــنظر : مجموعــة الأعمال التحضيرية جــ ٧ ص ٢٠٦ ، أ.د شــمس الديــن الوكــيل فــى الموجــز : فقــرة ١٦٨ ص ٣٤٥ ، أ.د محمــود جمــال الديــن زكــى : فقــرة ٢٥٣ ص ٣٩٨ ، أ.د محمد لبيب شنب : فقــرة ١٥٩ ص ١٥١ ، أ.د عــبد الناصــر العطــار : فقرة ١١٦ ص ٢٢٢ ، أ.د حســام الأهوانــى : فقــرة ٥٨٢ ص ٦٧٦ أ.د نبــيل إبراهيم سعد : فقرة ١٦٣ ، ص ٣٠٠ .

ويكون ذلك بأن يمتنع عن التصرف فى الدين المرهون تصرفاً يضر بالدائن المرتهن ، كأن يتصرف فى الدين إلى شخص حسن النية يجهل وجود الرهن ، قبل أن يسلم سند الدين إلى المرتهن. [١]

غير أن هذا الالتزام لا يحرم الراهن من التصرف فى الشىء المرهون بالبيع أو الهبة ، أو الرهن مرة أخرى ما دام أن هذا التصرف كان بعد تسليم سند الدين إلى المرتهن ، لأن هذا لن يؤثر على حق الدائن المرتهن ، لأنه يستطيع الاحتجاج بالرهن فى مواجهة المتصرف إليه الجديد.[٢]

فإذا أخل الراهن بهذا الالتزام جاز للدائن المرتهن أن يطلب فسخ الرهن وعندئذ يسقط أجل الدين المضمون ، ويصبح واجب الأداء فوراً ، كما يجوز للدائن أن يطلب التنفيذ بمقابل عن طريق تقديم تأمين تكميلى يعادل ما نقص من قيمة الشىء المرهون ، أو بدفع مبلغ مقابل ما نقص من الرهن على أن يخصم هذا المبلغ من الفوائد ، وأصل الدين . [٣]

٤١٥ – المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى :

بعد عرض موقف الفقه الإسلامى والقانون المدنى من هذه القضية يتضح أنهما يتفقان فى أن الراهن فى كل منهما يلتزم بمقتضى عقد الرهن بالامتناع عن كل تصرف من شأنه أن يضر بحق الدائن المرتهن ، غير أن دائرة التصرف الذى يمتنع على الراهن القيام به فى الفقه الإسلامى أوسع منها فى القانون ، وذلك لأن القانون المدنى يقصر المنع على التصرفات التى تتم قبل تسليم سند الدين إلى الدائن المرتهن ، أى التى تمنع من نفاذ رهن الدين .

أما التصرفات التى تتم بعد تسليم سند الدين إلى الدائن المرتهن – أى بعد

---

(١) أ.د عبد المنعم البدراوى : فقرة ٢٤١ ص ٣٤١ ، أ.د توفيق حسن فرج : فقرة ٢٤٨ ص ٢٣٠ .

(٢) أ.د محمد لبيب شنب فقرة ١٥٩ ص ١٥١ ، أ.د السيد عيد نايل ص ١٦١ ، ١٦٢ .

(٣) أ.د عبد المنعم البدراوى : فقرة ٢٤٢ ص ٣٤٣ ، أ.د نبيل إبراهيم سعد : فقرة ١٦٣ ص ٢٠١ .

نفاذ الرهن فى مواجهة الغير ، فلا تعد ممنوعة فى نظر القانون ، إذ إنها لا تفوت حق الدائن المرتهن لأن ملكية الشيء المرهون تنتقل إلى الغير محملة بحق الدائن المرتهن،أما الفقه الإسلامى فإنه لا يأخذ بهذه الفكرة ، وإنما يقرر أنـــه يمتـــنع علـــى الراهن إجراء مثل هذا التصرف لأنه يفوت حق الدائن المرتهن . (١)

الفـرع الثـالـث

التزام الراهن بنفقات الدين المرهون فى الفقـه الإسلامى والقانون المـدنى

٤١٦ - ويشتمل على غصنين :

الغصـــن الأول : الـــتزام الراهـــن بـــنفقات الدين المرهون فى الفقه الإسلامى .

الغصـــن الـــثانى : التزام الراهن بنفقات الدين المرهون فى القانون المدنى .

* المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى

الغـصـن الأول

الـتـزام الراهـن بنفقـات الديـن المرهـون فى الفقـه الإسلامى

٤١٧ - اتفق الفقهاء على أن نفقات الشيء المرهون واجبة على الراهن (٢) ،

---

(١) أ.د حسين حامد حسان : المرجع السابق ص ١١٥ ، ١١٦ .

(٢) بدائـــع الصـــنائع جـــ ٦ ص ١٥٢ ، شـــرح منح الجليل جـــ٣ ص ٩٧ ، الإقناع فـــى حـــل ألفـــاظ أبـــى شـــجاع جــــ ٢ ص ٣٣ ، الكافى لابن قدامة جـــ ٢ ص ١٤٦ ، كشـــاف القـــناع جـــــ ٣ ص ٣٣٩ ، الـــبحر الزخار جـــ ٤ ص ١٢٠ ، جـــامع المقاصـــد فـــى شـــرح القواعـــد جــــ ٥ ص ١٤٢ ، شـــرح النيل وشفاء العليل جـــ ١١ ص ١٥٦ .

وإن كـــان الحنفـــية قـــد فـــرقوا بين النفقات التى تعد من حقوق الملك كعلف الدابة وأجـــرة الـــراعى ، وســـقى البســـتان ، وبيـــن الـــنفقات الـــتى تعد من حقوق اليد كأجـــرة الحـــافظ ، والمســـكن ، والمـــأوى ، حيـــث أوجـــبوا الـــنوع الأول على الراهـــن ، بيـــنما أوجـــبوا الـــنوع الثانى على المرتهن ، ينظر : البدائع : الموضع نفسه .

لا فــرق فى ذلك بين أن يكون الشىء المرهون عيناً ، أو ديناً ، وعلى ذلك فإذا كان المرهون ديناً فإن ما يتطلبه هذا الدين من نفقات كأجرة العدل الذى تحفــظ عنده وثيقة الدين ، أو ما يقوم مقام العدل فى وقتنا الحاضر ، كما لو وضعت وثيقة الدين فى مصرف من المصارف فإن ما يتقاضاه المصرف من رسوم نظير حفظ هذه الوثيقة يكون واجباً على الراهن ، وذلك لما روى أبو هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال : " لا يغلق الرهن من صاحبه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمه " [1] .

ولما كانت النفقات من الغرم ، فإنها تكون واجبة على الراهن [2] .

الفصـل الثانى

التـزام الراهـن بنفقـات الديـن المرهـون فى القـانون المـدنى

418 – يفــرض القانون المدنى على المرتهن التزاماً بالمحافظة على الشىء المــرهون ، وصيانته [3] ، وهذا يقتضى قيامه بالنفقات اللازمة لهذا الحفظ ، وتلك الصيانة ، وهذه النفقات لا تتحملها ذمة المرتهن ، بل تكون ديناً له على الراهــن ، ومضمونة بالرهن ، فتستوفى من غلة الشىء المرهون ، فإذا لم تكن هذه الغلة كافية لوفائها ، استوفاها المرتهن من ثمن الشىء المرهون فى

---

(1) أخــرجه ابــن ماجــة فــى سننه ، وابن حبان فى صحيحه ، والحاكم فى المستدرك وقــال : (هــذا حديــث صــحيح الإسـناد علــى شـرط الشيخين ولم يخرجاه ، لخــلاف فــيه علــى أصــحاب الزهرى)ينظر : سنن ابن ماجه : كتاب المرهون ــ بــاب لا يغلــق الرهــن جــ ٢ ص ٨١٦ حديــث رقم ٢٤٤١ ، صحيح ابن حــبان بترتيــب ابــن بلـبان كــتاب الرهن ــ ذكر ما يحكم للراهن والمرتهن فى الرهــن إذا كــان حــيواناً جـــ ٧ صـــ ٥٧٠ حديــث رقم ٥٩٠٤ ، طبعة دار الكتــب العلمــية ــ بــيروت ــ الطــبعة الأولــى ســنة ١٤٠٧هـــ ١٩٨٧م ، مستدرك الحاكم جــ ٢ ص ٥١ .

(2) الكافى لابن قدامة جــ ٢ ص ١٤٦ .

(3) أ.د الســنهورى : فقــرة ٥٥٧ ص ٨٠٧ ، أ.د عــبد المــنعم الــبدراوى : فقــرة ٢٤٧ ص ٣٤٧ ، أ.د توفــيق حســن فــرج : فقــرة ٢٥٣ ص ٢٣٢ ، أ.د السيد عيد نايل : ص ٢٦٦ ، ٢٦٧ .

نفس مرتبة الرهن . [١]

وتطبيقاً لذلك إذا كان الشيء المرهون ديناً ، فإن ما يحتاجه هذا الدين من نفقات ، كأجرة العدل ، أو رسوم المصرف إذا كان السند المثبت للدين قد وضع فيه ، يكون واجباً على المرتهن ، ثم يرجع به على الراهن . [٢]

٤١٩ - المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني :

بعد عرض موقف الفقه الإسلامي والقانون المدني من هذا الموضوع يتضح أنهما متفقان في أن ذمة الراهن هي التي تتحمل النفقات اللازمة للدين المرهون ، وإن كان القانون يختلف عن الفقه الإسلامي في أن القانون يلزم الدائن المرتهن بالإنفاق على الدين المرهون على أن تكون النفقة ديناً على الراهن يضمنه الرهن ، في حين أن الفقه الإسلامي لا يفرض على الدائن المرتهن هذا الالتزام . [٣]

المطلب الثاني

آثار رهن الدين بالنسبة للمرتهن في الفقه الإسلامي والقانون المدني

٤٢٠- يرتب عقد رهن الدين للمرتهن حقوقاً ، كما يفرض عليه التزامات ، وسألقي بعض الضوء على حقوق الدائن المرتهن ، والتزاماته في عقد رهن الدين ، وذلك في فرعين :

الفرع الأول : حقوق مرتهن الدين في الفقه الإسلامي والقانون المدني .

الفرع الثاني : التزامات مرتهن الدين في الفقه الإسلامي والقانون المدني .

---

(١) أ.د توفيق حسن فرج : فقرة ٢٥٣ ص ٢٣٣ ، أ.د السيد عيد نايل : ص ٢٦٧ .

(٢) الدكتور : غازي أبو عرابي : السابق ص ٣٠٥ .

(٣) أ.د حسين حامد حسان : السابق ص ١٢٨.

الفرع الأول

حقوق مرتهن الدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٤٢١- يرتب عقد رهن الدين مجموعة من الحقوق للدائن المرتهن على الدين المرهون ولعل أهم هذه الحقوق هى : حق الدائن المرتهن فى حبس الدين المرهون ، وحقه فى استيفاء حقه بالتقدم على سائر الدائنين ، وحقه فى تتبع المرهون فى أية يد ينتقل إليها ، وسيكون الكلام عن ذلك كله - بعون الله تعالى - فى أغصان ثلاثة :

الغصن الأول : حق مرتهن الدين فى حبس الدين المرهون فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الغصن الثانى : حق مرتهن الدين فى التقدم فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الغصن الثالث : حق مرتهن الدين فى التتبع فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الغصن الأول

حق مرتهن الدين فى حبس الدين المرهون فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٤٢٢- **أولاً : فى الفقه الإسلامى :**

لا خلاف بين الفقهاء [(١)] فى إعطاء الحق للمرتهن فى حبس الشىء المرهون ، وهذا الحق وإن كان ظاهراً فى رهن الأعيان ، إلا أنه يطبق - أيضاً - فى حالة رهن الديون . [(٢)]

وتطبيقاً لذلك : فإن عقد رهن الدين يعطى للدائن المرتهن الحق فى

---

(١) البدائع جـ ٦ ص ١٤٦ ، شرح الخرشى على المختصر جـ ٥ ص ٢٤٥ ، روضة الطالبين جـ ٤ ص ٦٥ ، المبدع فى شرح المقنع جـ ٤ ص ٢١٩ ، المحلى لابن حزم جـ ٨ ص ٨٨ مسألة رقم ١٠٢٩ ، التاج المذهب جـ ٣ ص ٢٢٨ ، رياض المسائل جـ ٥ ص ٣٤٤ ، شرح النيل وشفاء العليل جـ ١١ ص ٣٧ .

(٢) أ.د حسين حامد حسين : المرجع السابق ص ١٤١ .

حبس الدين المرهون ، غير أنه لما كانت الديون أموالاً حكمية ، فإن حبسها إنما يكون بحبس الوثيقة المثبتة لها . (١)

فـــإن خرجت حيازة الوثيقة المثبتة للدين ــ أو ذكر الحق كما يسميه الفقهـــاء ــ من يد الدائن المرتهن بغير إرادته ، كما لو غصبت الوثيقة ، أو ســرقت ، أو ضـــاعت ، كـــان من حــق الدائن المرتهن أن يطلب استرداد حيازتها، ويحتفظ بحقوقه كاملة على الدين المرهون خلال فترة فقد الحيازة ؛ لأن يده ثابتة عليه حكماً فى هذه المدة ، فيبقى العقد لازماً فى حق الراهن ، ونافذاً فى حق الغير . (٢)

أمـــا إذا تخلى المرتهن عن الوثيقة المثبتة للدين المرهون بإرادته ، بطل حقه فى الرهن ، إلا إذا كان لا يقصد من تخليه عن الوثيقة هذه انقضاء الرهـــن ، كما لو أخرجها من يده على سبيل الوديعة مثلاً ، ففى هذه الحالة يبقى الرهن قائماً ، ولكنه لا يكون نافذاً فى حق الغير (٣) ، كما سبق بيانه من أن القبض شرط فى نفاذ الرهن فى حق الغير . (٤)

وللمرتهن أن يحبس الوثيقة حتى يستوفى الدين المرهون فيه كاملاً ، فـــإذا بقى من هذا الدين شيء ، وإن قل بقيت الوثيقة محبوسة به ، وهو ما يعـــرف فـــى القانون الوضعى بقاعدة عدم تجزئة الرهن ، وهذه القاعدة من

---

(١) المنتقى شرح الموطأ للباجى جـــ ٥ ص ٢٥١ .

(٢) الخرشـــى علـــى المختصـــر جـــــ٥ ص ٢٤٦ ، وفيه : (إن الراهن إذا أخذ الرهن مـــن المرتهـــن غصـــباً فإنـــه يـــأخذاه حيث قدر عليه ، سواء فات عند الراهن .. أم لـــم يفـــت ، قـــام علـــيه غرماؤه أم لا ، ويبقى رهناً على حاله) كشاف القناع جـــــ ٣ ص ٢٧٤ ، وفـــيه : (وإن أزيلـــت يـــده ــ أى المرتهـــن ــ بغير حق ، كالغصـــب ، والســـرقة ، وضـــياع المـــتاع ، فلـــزومه ــ الرهن ــ باق ؛ لأن يد المرتهن ثابتة عليه حكماً) وأيضاً : المبدع جـــ ٤ ص ٢٢٠ .

(٣) الخرشـــى علـــى المختصـــر : الموضـــع نفســـه ، المبدع : الموضع نفسه وفيه : (فـــإن أخـــرجه المرتهـــن باختـــياره إلى الراهن زال لزومه ؛ لأن استدامة القبض شرط فى اللزوم ، وقد زالت ، إذ المشروط ينتفى بانتفاء شرطه) .

(٤) يراجع فقرة ٣٩٧ من هذه الرسالة .

القواعد المقررة فى الفقه الإسلامى [1] ، وإذا استوفى المرتهن الدين المرهون فيه كله وجب عليه أن يرد وثيقة الدين المرهون ، وليس له بعد ذلك أن يحبسها .

هذا بالنسبة للديون الثابتة فى وثيقة ، أو التى لها ذكر حق ، أما بالنسبة للديون غير الثابتة فى وثيقة ، فإن حبسها إنما يكون بالإشهاد عليها ، وعلى ذلك فهو حبس حكمى ، لأن المرتهن لا يحبس شيئاً مادياً . [2]

٤٢٣- **ثانياً : فى القانون المدنى :**

تنص المادة ١١١٠ من القانون المدنى على أنه : " ١- يخول الرهن الدائن المرتهن الحق فى حبس الشيء المرهون عن الناس كافة دون إخلال بما للغير من حقوق ، ثم حفظها وفقاً للقانون.

٢- وإذا خرج الشيء من يد الدائن دون إرادته ، أو دون علمه ، كان له الحق فى استرداد حيازته من الغير وفقاً لأحكام الحيازة " .

فوفقاً لهذا النص يكون للدائن المرتهن الحق فى حبس سند الدين المرهون عن الناس كافة من راهن وغير راهن ، حتى يستوفى كل حقه علاوة على ما قد يستحقه من مصروفات وتعويضات وفوائد . [3]

---

(١) الهداية شرح بداية المبتدى جـ ٩ ص ٩٩ ، وهو مطبوع مع شرح فتح القدير وتكملته وفيه : (ومن رهن عبدين بألف ، فقضى حصة أحدهما لم يكن له أن يقبضه حتى يؤدى باقى الدين) مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٥٨٨ ، التفريع لابن الجلاب جـ ٢ ص ٢٦٦ وفيه : (ومن ارتهن رهناً على مال ، واقتضى منه بعضه ، فليس لرب الرهن أخذ شيء منه ، إلا بعد قضاء الحق كله) الشرح الكبير للدردير جـ ٣ ص ٢٥٧ ، الوسيط فى المذهب للغزالى جـ ٣ ص ٥١٧ وفيه : (وإن بقى من الدين درهم ، بقى جميع المرهون رهناً ، فلا ينفك ببعض الدين بعض المرهون) المبدع فى شرح المقنع جـ ٤ ص ٢٢٨ ، وفيه : (ولا ينفك شيء من الرهن حتى يقضى جميع الدين ...) الإنصاف جـ ٥ ص ١٦٠ ، المحلى جـ ٨ ص ١٠١ مسألة رقم ١٢٢٠ .

(٢) أ.د حسين حامد حسان : المرجع السابق ص ١٤١ .

(٣) أ.د السنهورى : فقرة ٦٠٠ ص ٨٥٥ ، أ.د محمد لبيب شنب : فقرة ١٩٢ ص ١٧٦ .

وهـذا الـنص وإن كان قد ورد عاماً بشان حق المرتهن فى حبس الشـيء المرهون رهناً حيازياً إلا أنه ينسحب أيضاً على حق مرتهن الدين فى حبسه ، وذلك لأن حقوق والتزامات الراهن والمرتهن فى رهن الدين هى نفس حقوقهما والتزاماتهما فى رهن الأشياء الأخرى .[1]

وتطبيقاً لذلك : يكون لمرتهن الدين الحق فى حبس سند الدين ما دام أنـه لـم يستوف دينه كاملاً ، وذلك عملاً بقاعدة عدم تجزئة الرهن [2] التى قررتها المادة ١٠٤١ من القانون المدنى التى تنص على أن : " كل جزء من العقـار أو العقـارات المـرهونة ضـامن لكل الدين ، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها ، ما لم ينص القانون أو يقضى الاتفاق بغير ذلك" وهذا الحكم يسرى على رهن المنقول أيضاً بمقتضى المادة ١٠٩٨ مدنى .

وإذا خـرج سـند الدين المرهون من حيازة المرتهن دون إرادته ، أو دون علمـه ، كمـا لـو غصب السند ، أو سرق ، فإن ذلك لا يؤثر فى عقـد الرهـن الذى يبقى لازماً فى حق الراهن وبالتالى يكون للمرتهن الحق فـى اسـترداده وفقـاً لأحكام الحيازة ، سواء خرج إلى يد الراهن ، أو إلى يد غيره .[3]

---

(١) مجموعـة الأعمـال التحضـيرية جـ ٧ ص ٢٧٣ ، أ.د السنهورى : فقرة ٦٥٣ ص ٩١١ .

(٢) مجموعـة الأعمـال التحضـيرية جـ ٧ ص ٢٢٣ ، وفيها : (ويبقى الحق فى حـبس المـرهون مـا دام الديـن وملحقاتـه من فوائد ومصروفات وتعويضات لم يدفـع ، فـإذا بقـى شـيء من ذلك ولو قليلاً بقى الحق فى الحبس) وأيضاً : أ.د السـنهورى: فقـرة ٦٠٠ ص ٨٥٥ ، أ.د عـبد المـنعم الـبدراوى : فقرة ٢٦٣ ص ٣٧١ ، أ.د محمـود جمـال الديـن زكـى : فقرة ٢٦٦ص ٤١٦ ، أ.د حسام الأهوانى : فقرة ٦٢٨ ص ٧٠٤ .

(٣) وعلـى ذلـك يسـتطيع الدائـن المرتهـن أن يسترد الشيء المرهون خلال ثلاث سـنوات مـن تـاريخ خـروجه من حيازته ، ولو كان قد آل إلى حائز حسن النية ، علـى أنـه إذا كـان مـن يوجـد الشيء المرهون فى حيازته قد اشتراه بحسن نـية مـن سـوق ، أو مـزاد علنى ، أو ممن يتجر فى مثله ، كان لـه أن يطلب مـن الدائـن الـذى يـريد اسـترداد هـذا الشيء أن يعجل لـه الثمن الذى دفعه (المـادة ٩٧٧مدنـى) يـنظر: أد. السـنهورى : فقـرة ٦١٠ص٨٦٢ ===

أمـــا إذا تخلـــى المرتهـــن عن السند المثبت للدين المرهون طواعية واختياراً للراهن ، فإن القانون يجعل ذلك قرينة على انقضاء الرهن ، ولكن هـــذه القريـــنة إنما هى قرينة بسيطة يستطيع الدائن هدمها إذا ما استطاع أن يثبـــت أن الحيازة خرجت من يده بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن ، كما لو أثبت نه سلم السند المثبت للدين على سبيل الوديعة مثلاً ، فإذا ما أثبت الدائن المرتهن ذلك فإن الرهن يعد باقياً فى العلاقة بين الراهن والمرتهن ، ولكنه لا يكون نافذاً فى مواجهة الغير [1] ، لما سبق ذكره من أن حيازة المرتهن لسند الديـــن تعد شرطاً لنفاذ الرهن فى ذمة الغير ، وهذا ما قررته المادة ١١٠٠ مـــن القـــانون المدنى التى تنص على أنه : " إذا رجع المرهون إلى حيازة الراهن انقضى الرهن ، إلا إذا أثبت الدائن المرتهن أن الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن ، كل هذا دون إخلال بحقوق الغير " .

ومـــا تقـــدم ذكره من أحكام إنما هو خاص بحبس الديون الثابتة فى سند مكتوب أما الديون غير الثابتة بالكتابة فقد تقدم بيان أن القانون لا يجيز رهنها . [2]

<u>٤٢٤</u>- ثالثـاً : المقـارنة بيـن الفقـه الإسـلامى والقـانون المـدنى :

إذا نظرنا إلى حق المرتهن فى حبس الدين المرهون فى كل من الفقه الإســـلامى والقانون المدنى ، فإنه يتضح لنا اتفاقهما فى كثير من الأمور ، واختلافهما فى النذر اليسير ، وذلك على النحو التالى :

*** مواطـن الاتفـاق :**

يتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى ــ هنا ــ فى الأمور الآتية :

١- إن كـــلاً منهما يقر للدائن المرتهن الحق فى حبس الدين المرهون ،

=== أ.د عـبد المـــنعم الـــبدراوى فقـــر ٢٢٧ ص ٣٢٢ ، أ.د توفيق حسن فرج : فقرة ٢٦٧ ص ٢٤٨ ، أ.د محمد لبيب شنب : فقرة ١٩٢ ص ١٧٧ .

(١) الســـنهورى : ٥٣٨ ص ٧٩١ ، أ.د شـــمس الديـــن الوكـــيل : فى الموجز : فقرة ١٦٠ ص ٣٣٣ ، أ.د توفـــيق حســـن فـــرج : فقـــرة ٢٦٤ ص ٢٤٤ ، أ.د نبـــيل إبراهيم سعد : فقرة ١٥٥ ص ١٩١ .

(٢) ينظر آنفاً : فقرة ٣٨٤ من هذه الرسالة .

وذلك عن طريق حبس سند هذا الدين .

٢- إن كلاً منهما يقر قاعدة عدم تجزئة الرهن ، فللمرتهن الحق فى حبس سند الدين حتى يستوفى الدين المرهون فيه كاملاً ، فإن بقى من هذا الدين شىء ـ وإن قل ـ بقى سند الدين محبوساً به .

٣- إن كلاً منهما يقرر أنه إذا خرج الدين المرهون عن حيازة المرتهن رغماً عنه ، فإن ذلك لا يؤثر على عقد رهن الدين ، بل يبقى الرهن لازماً فى حق الراهن ، ونافذاً فى حق الغير .

٤- إن كلاً منهما يقرر أنه إذا خرج الدين المرهون عن حيازة المرتهن طواعية واختياراً بطل حقه فى الرهن إلا إذا أثبت أن تخليه عن الحيازة لا يقصد منه انقضاء الرهن .

* **مواطن الاختلاف :**

وإذا كان الفقه الإسلامى والقانون المدنى يتفقان فيما تقدم ، إلا أنهما يختلفان فى الأمور الآتية :

١- يعطى القانون للدائن المرتهن الحق فى حبس سند الدين حتى يستوفى حقه ، وما قد يستحقه من مصروفات ، وتعويضات ، وفوائد ، بينما لا يجيز الفقه الإسلامى تقاضى هذه الفوائد لكونها من صور الربا المحرم شرعاً ، ولذلك لا يجيز للدائن المرتهن حبس سند الدين المرهون لاستيفائها .

٢- إن الفقه الإسلامى (المالكية) يجيز رهن الديون غير الثابتة فى وثيقة أو على حد تعبير المالكية ـ التى ليس لها ذكر حق ، ويجعلون حبسها بالإشهاد عليها ، أما القانون المدنى فلا يجيز رهن الديون غير الثابتة بالكتابة .

الفصل الثانى

حق مرتهن الدين فى التقدم فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٤٢٥- أولاً : فى الفقه الإسلامى :

اتفق الفقهاء على أن الرهن يمنح الدائن المرتهن حق التقدم فى استيفاء دينه من ثمن الشىء المرهون قبل غيره من الدائنين الذين لم يترتب

لهـم حـق على هذا الشيء قبل حيازة المرتهن لـه ، وذلك لأن حق الدائن المرتهن قد تعلق بعين المال المرهون ، علاوة على تعلقه بذمة المدين ، فى حين أن الدائنين العاديين قد تعلقت ديونهم بذمة المدين وحدها . [1]

ولا يختلف رهن الديون عن رهن الأعيان فى ذلك ، فهو يعطى لمرتهن الدين الحق فى استيفاء دينه من الدين المرهون بالتقدم على سائر الدائنين ، غير أن المالكية يقيدون ذلك بشرطين:

الشـرط الأول : أن يكون كل من الدين المرهون والدين المرهون فيه قد حل أجله ، فإذا حل أجل الدين المرهون قبل أجل الدين المضمون ، وجب أن يوضع الدين المرهون عند عدل حتى يحل أجل الدين المضمون ، إذا كان المرتهن هو المدين بالدين المرهون ، لأن بقاء الدين المرهون

---

(١) البدائع جـ ٦ ص ١٥٤ وفيه : (... إذا بيع الرهن فى حال حياة الراهن ، وعليه ديون آخر فالمرتهن أحق بثمنه من سائر الغرماء ، لأنه بعقد الرهن ثبت لـه الاختصاص بالمرهون ، فثبت له الاختصاص ببدله وهو الثمن) ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه جـ ٣ ص ٢٣٢ ، وأيضاً جـ ٤ ص ٤٥٧ أوائل باب الفرائض ، وقد جاء فى الحاشية المذكورة:(.. وإنما بدئ الحق المتعلق بالمرهون لتعلق حق المرتهن بذاته فصار أحق به) الأم جـ ٧ ص ٩٩ ، ١٠٠ مسألة رقم ٩٥٨١ ، العزيز شرح الوجيز جـ ٤ ص ٥٠٠ وفيه : (المرتهن يستحق بيع المرهون عند الحاجة ، ويتقدم بثمنه على سائر الغرماء ..) المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٤٥٢ ، وفيه : (من له رهن فإنه يختص بثمنه عن سائر الغرماء ، لأن حقه متعلق بعين الرهن ، وذمة الراهن معاً ، وسائرهم يتعلق حقه بالذمة دون العين ، وهذا من أكثر فوائد الرهن وهو تقديمه بحقه عند فرض مزاحمة الغرماء ، ولا نعلم فى هذا خلافاً ...) التاج المذهب جـ ٣ ص ٢٤١ وفيه : (والمرتهن أحق بقدر دينه من ثمن الرهن من سائر الغرماء ، إذ هو أخص منهم ... فإن قصر الرهن كان فيما بقى من دينه أسوة الغرماء ...) شرائع الإسلام جـ ٢ ص ٨٠ وفيه : (... والمرتهن أحق باستيفاء دينه من غيره من الغرماء ...) وأيضاً : رياض المسائل جـ ٥ ص ٣٦٤ ، شرح النيل وشفاء العليل جـ ١١ ص ١٠٤ ، ١٠٥ وفيه : (.. فالمرتهن أحق به من الغرماء ... وإن فضل عن دينه فللغرماء ، وإن لم يف الرهن بدينه ، فهو أحق بالرهن ، ويتحاصصه مع الغرماء بباقى دينه فى سائر مال الراهن ...) .

فـــى ذمـــته حـــتى يحـــل أجل الدين المضمون يؤدى إلى : " أسلفنى وأسلفك " إن كان مصدر الدين المضمون عقد قرض ، وإلى اجتماع بيع وسلف إن كان مصدره عقد بيع .[1]

أما إذا كان الدين المرهون فى ذمة غير المرتهن ، فإنه يقبضه منه ، وينـــتقل حقـــه إلى ما قبض فإذا حل أجل الدين المضمون استوفاه من الدين المضمون بطريق التقدم .[2]

وإذا حل أجل الدين المضمون قبل حلول أجل الدين المرهون ، كان المرتهن بالخيار إن شاء صبر حتى يحل أجل الدين المرهون ، ويستوفى حقه منه أو من ثمنه إن كان من غير جنس دينه وإن شاء استعمل حقه فى طلب بيعه قبل حلول أجله واستوفى حقه من ثمنه بالتقدم على غيره من الدائنين ، وهـــذا الحكم يسرى سواء كان المرتهن هو المدين بالدين ، أو كان الدين فى ذمة غيره غير أنه إذا اختار المرتهن بيع الدين المرهون ، وجب أن تراعى فى هذا البيع جميع الشروط التى اشترطها المالكية فى بيع الديون .[3]

الشـــرط الثانى : أن يكون الدينان من جنس واحد ، فإن اختلف الدينان جنساً بان كان الدين المرهون قدراً من الحنطة ، والدين المضمون بالرهن مبلغاً من النقود مثلاً ، وجب أن تباع الحنطة بالنقود ليتمكن المرتهن من استيفاء حقه من الثمن تماماً ــ كما يفعل بالمرهون المادى إذا لم يكن من جنس الحق المرهون فيه .[4]

---

(١) المنـــتقى شـــرح الموطـــأ جــــ ٥ ص ٢٥١ ، البـــيان والتحصـــيل جــ ١١ ص ١٠٧ ، الذخـــيرة للقـــرافى جـــ ٨ ص ٨٨ ، ٨٩ ، الـــزرقانى علـــى المختصر جــ ٥ ص ٢٣٤ ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جــ ٣ ص ٢٣١ .

(٢) أ.د حسين حامد حسان : المرجع السابق ص ١٤٩ .

(٣) المنـــتقى شـــرح الموطـــأ :الموضـــع نفســـه ، أ.د حســـين حامد حسان : الموضع نفســـه ، وأيضـــاً : يـــراجع شـــروط بيع الديون عند المالكية فقرة ٢٢٥ من هذه الرسالة .

(٤) أ.د حسين حامد حسان : المرجع السابق ص ١٥٠ .

٤٢٦- **ثانياً : فى القانون المدنى :**

يعطى الرهن للدائن المرتهن الحق فى استيفاء حقه من ثمن الشىء المرهون ، أو من المال الذى يحل محله ، وذلك بالتقدم على سائر الدائنين العاديين أياً كان تاريخ نشوء دينهم والدائنين التالين له فى المرتبة . (١)

وعلى ذلك ، إذا تعدد الدائنون ، وكانت أموال المدين لا تفى بها جميعاً فإذا كان أحد هؤلاء الدائنين مرتهناً ، فإن هذا المرتهن يتقدم فى استيفاء حقه من ثمن الشى المرهون على غيره من الدائنين العاديين ، وما تبقى من ثمن المرهون المبيع يدخل فى الضمان العام ليتقاسمه الدائنون العاديون قسمة غرماء .

أما إذا تعدد الدائنون المرتهنون لنفس الشىء فإن الأسبقية تكون لمن كان رهنه نافذاً فى حق الغير أولاً . (٢)

والمقصود بحق الدائن المرتهن الذى يستوفيه بالتقدم على سائر الدائنين العاديين ، والدائنين التالين له فى المرتبة هو أصل الدين الذى تقرر الرهن ضماناً للوفاء به علاوة على ملحقاته . (٣)

---

(١) أ.د السنهورى : فقرة ٥٩١ ص ٨٤٨ ، أ.د شمس الدين الوكيل : فى الموجز : فقرة ١٧٥ ص ٣٦٣ ، أ.د عبد المنعم البدراوى : فقرة ٢٦٥ ص ٣٧٦ ، أ.د محمود جمال الدين زكى : فقرة ٢٦٧ ص ٤١٦ ، أ.د توفيق حسن فرج : فقرة ٢٦٨ ص ٢٤٨ ، ٢٤٩ ، أ.د محمد لبيب شنب : فقرة ١٩٤ ص ١٧٨ .

(٢) أ.د السنهورى : فقرة ٥٩٤ ص ٨٤٩ ، أ.د عبد المنعم البدراوى : ٢٦٦ ص ٣٧٨ ، أ.د محمود جمال الدين زكى : فقرة ٢٦٧ ص ٨٤٩ ، أ.د السيد عيد نايل : ص ٢٨٦ .

(٣) وهذه الملحقات نصت عليها المادة ١١١١ من القانون المدنى ، والتى تنص على ما يأتى : (لا يقتصر الرهن الحيازى على ضمان أصل الحق ، وإنما يضمن ـ أيضاً ـ وفى نفس المرتبة ما يأتى :

(أ) المصروفات الضرورية التى أنفقت للمحافظة على الشىء .

(ب) التعويضات عن الأضرار الناشئة عن عيوب الشىء .

(ج) مصروفات العقد الذى أنشأ الدين ، ومصروفات عقد الرهن الحيازى وقيده عند الاقتضاء .

(د) المصروفات التى اقتضاها تنفيذ الرهن الحيازى . ---

والأحكام السابقة وإن كانت عامة فى الرهن الحيازى ، إلا أنها تنسحب أيضاً على رهن الدين ، بالقدر الذى يتناسب وطبيعة الدين ، وعلى ذلك : إذا كان المرهون دينا ، وكان كل من الدين المرهون والدين المضمون قد حلا معاً ، فإن كان الدينان من جنس واحد ، كما لو كان كل واحد منهما مبلغاً من النقود مثلاً فلا داعى لبيع الدين المرهون ، وإنما يحصل الدائن المرتهن على حقه منه مباشرة وإن بقى شيء من الدين المرهون بعد استيفاء الدائن المرتهن حقه منه رده إلى الراهن .

أما إذا كان الدينان من جنسين مختلفين كان للدائن المرتهن أن يطلب من المحكمة أن يبيع الدين المرهون بالطريقة التى يراها القاضى ، ويستوفى حقه من ثمنه بالتقدم على بقية الدائنين ، أو أن يطلب الأذن بتملكه وفاء لدينه بحسب قيمته مقدرة بواسطة الخبراء (المادة ١١٢١/٢ مدنى)[١] ، وهذا ما قررته المادة ١١٢٩ مدنى ، التى تنص على أنه : " إذا أصبح كل من الدين المرهون والدين المضمون بالرهن مستحق الأداء ، جاز للدائن المرتهن إذا لم يستوف حقه أن يقبض من الدين المرهون ما يكون مستحقاً له ، أو أن يطلب بيع هذا الدين أو تملكه وفقاً للمادة ١١٢١ الفقرة الثانية " .

وإذا حل أجل الدين المضمون قبل أجل الدين المرهون ، فيمكن بالقياس على الحكم الوارد فى المادة ١١٢٩ مدنى ــ أن يأذن القاضى للدائن المرتهن فى أن يبيع الدين المرهون بالطريقة التى يراها مناسبة ، أو فى أن يتملكه بالثمن الذى يقدره الخبراء .[٢]

وإذا حل أجل الدين المرهون قبل أجل الدين المضمون بالرهن ، فلا

=== (هـ) جميع الفوائد المستحقة مع مراعاة ما جاء فى المادة ٢٣٠ مدنى ..) وينظر أيضاً : أ.د شمس الدين الوكيل فى الموجز : ١٨٠ ص ٣٩٦ ، ٣٧٠ ، أ.د عبد المنعم البدراوى : فقرة ٢٦٥ ص ٣٧٦ ــ ٣٧٧ ، أ.د توفيق حسن فرج : فقرة ٢٦٨ ص ٢٤٩ ــ ٢٥٠ ، أ.د محمد لبيب شنب : فقرة ١٩٧ ص ١٧٩ .

(١) أ. د السنهورى : فقرة ٦٥٦ ص ٩١٧ ، أ.د عبد المنعم البداوى : فقرة ٢٦٠ ص ٣٦٧ أ.د توفيق حسن فرج : فقرة ٢٨٢ ص ٢٥٨ .

(٢) أ.د عبد المنعم البدراوى : المرجع والمكان السابقان .

يقبض الدين إلا الراهن والمرتهن معاً ، ولا يجوز للمدين أن يوفى لأحدهما ، والحكمة من ذلك أن حق المرتهن فى استيفاء دينه لم يثبت بعد ، كما أن ليس للراهــن وحــده أن يقبض الدين لتعلق حق المرتهن به [1] ، ولكل منهما أن يطلــب من المدين إيداع الدين إما فى خزانة الحكمة ، أو فى مصرف ، أو عــند أمين يتفق عليه الراهن والمرتهن ، ويصح أن يكون أحدهما ، وينتقل حق الرهن إلى ما تم إيداعه [2] ، وهذه الأحكام قررتها المادة ١١٢٨/١ من القانون المدنى .

٤٢٧ – ثالثاً : المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى :

إذا نظــرنا إلــى حــق الدائــن المرتهن فى التقدم فى كل من الفقه الإسلامى ، والقانون المدنى لوجدناهما متفقين فى كثير من أحكامه :

- فكــل مــنهما يعطى الدائن المرتهن الحق فى استيفاء حقه من الدين المرهون بالتقدم والأفضلية على سائر الدائنين .
- كمــا أنهمــا يــتفقان فى أنه إذا كان كل من الدين المرهون والدين المضمون بالرهن متفقين فى الجنس ، فلا داعى لبيع الدين المرهون ، وإنمــا يستوفى الدائن المرتهن حقه منه مباشرة بالتقدم على سائر الدائنين ، كما يتفقان ــ أيضاً ــ فى أنه إذا كان الدينان مختلفين فى الجــنس بيع الدين المرهون ، واستوفى الدائن المرتهن حقه من ثمنه بالــتقدم علــى سائر الدائنين ، وإن كان القانون المدنى يعطى للدائن المرتهــن أن يطلب من المحكمة أن يتملك الدين المرهون وفاء لدينه بحسب قيمته مقدرة بواسطة الخبراء ، وهذا إجراء لا بأس به ، إذ لا ظلم فيه للراهن .
- كمــا يتفقان كذلك فى أنه إذا حل أجل الدين المرهون قبل أجل الدين

---

(١) أ.د توفيق حسن فرج : فقرة ٢٨٢ ص ٢٥٧ .

(٢) مجموعــة الأعمــال التحضــيرية جــ ٧ ص ٢٨٠ ، أ.د السنهورى : فقرة ٦٥٥ ص ٩١٤ – ٩١٥ ، أ.د عــبد المــنعم الــبدراوى : فقــرة ٢٦٠ ص ٣٦٧ ، أ.د محمــود جمــال الديــن زكــى : فقــرة ٢٨٥ ص ٤٢٨ ، أ.د توفيق حسن فرج : فقرة ٢٨٢ ص ٢٥٧ .

المضمون ، فإن الدين المرهون يوضح عند أمين يتفقان عليه (عدل) ، ويأخذ حكم العدل ، وضع الرهن فى مصرف أو إيداعه فى خزانة المحكمة .

- وإن كان الفقه الإسلامى والقانون المدنى يتفقان فيما تقدم ، إلا أنهما يختلفان فى أن القانون المدنى يجعل حق الدائن المرتهن الذى يستوفيه من الدين المرهون بالتقدم على سائر الدائنين شاملاً جميع الفوائد المستحقة (المادة ١١١١هـ مدنى) بينما لا يجيز الفقه الإسلامى ذلك باعتباره صورة من صور الربا المحرم شرعاً .

الفصل الثالث

حق مرتهن الدين فى التتبع فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٤٢٨- أولاً : فى الفقه الإسلامى :

يمنع الفقه الإسلامى الراهن من التصرف فى الشىء المرهون تصرفاً يزيل ملكه عنه ، فإذا تصرف الراهن فى الشىء المرهون إلى الغير، فإن الراهن يعد مخلاً بالتزامه بعدم التصرف فى الشىء المرهون كما سبق بيانه (١) ، كما أن يد المتصرف إليه على الشىء المرهون تعد غير شرعية ومن ثم يمكن للدائن المرتهن التنفيذ على الشىء المرهون لاستيفاء حقه من ثمنه ، ويتم هذا التنفيذ فى مواجهة المتصرف إليه ، ولا معنى لحق التتبع إلا هذا ، وعلى ذلك ، فإن الفقه الإسلامى ، وإن كان لا يعرف مسمى التتبع ، إلا أنه يعرف مضمونه . (٢)

٤٢٩- ثانياً : فى القانون المدنى :

يقصد بحق التتبع : هو حق الدائن المرتهن فى التنفيذ على الدين

---

(١) ينظر آنفاً : فقرة ٤١٣ من هذه الرسالة .

(٢) أ.د عبد السميع أبو الخير : مدى شرعية الرهن الرسمى فى ضوء أحكام الفقه الإسلامى ص ٧٢ ـ الناشر : مكتبة وهبة سنة ١٩٨٨م ، أ . د السيد عيد نايل ص ٢٨٩ .

المرهون ، ولو انتقلت ملكيته إلى غير الراهن ، ما دام الرهن نافذاً فى مواجهة من انتقلت إليه الملكية .[1]

وليس المقصود بالتتبع ـ هاهنا ـ هو التتبع المادى فقط المتمثل فى خروج سند الدين المرهون من يد الدائن المرتهن ، بل المقصود به أيضاً التتبع المعنوى للملكية ، وذلك عندما يقوم الراهن بالتصرف فى الدين المرهون بالبيع إلى شخص أجنبى ، وفى هذه الحالة يستطيع الدائن المرتهن أن ينفذ على الشىء المرهون بعد أن تكون ملكيته قد انتقلت من الراهن إلى شخص آخر ، وهذا لا يتم إلا بواسطة حق التتبع .[2]

٤٣٠- ثالثاً : المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى :

يتضح مما تقدم أن القانون المدنى يعطى الدائن المرتهن حق تتبع الدين المرهون تتبعاً مادياً كما لو خرج سند الدين من يده ، وتتبعاً معنوياً كما لو تصرف الراهن فى الدين المرهون لشخص آخر غير الدائن المرتهن ، وإن كان الفقه الإسلامى لا يعرف مسمى التتبع إلا أنه يعرف مضمونه ، ولعل الفارق بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى فى هذه الحالة أن الفقه الإسلامى يعتبر يد المتصرف إليه على الدين المرهون غير شرعية بينما يعتبرها القانون المدنى شرعية ، لأنه يسمح للراهن بالتصرف فى المرهون .[3]

---

(١) أ.د عبد المنعم البدراوى : فقرة ٢٦٧ ص ٣٧٩ . وفى المعنى ذاته : أ.د محمد لبيب شنب : فقرة ١٩٣ ص ١٧٨ أ.د توفيق حسن فرج : فقرة ٢٦٩ ص ٢٥٠ ، أ.د السيد عيد نايل : الموضع نفسه .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٧ ص ٣٣٦ ، أ.د السنهورى : فقرة ٥٩٥ ص ٨٥٠ ، أ.د شمس الدين الوكيل فى الموجز : فقرة ١٨٢ ص ٣٧٣ ، أ.د عبد المنعم البدراوى : الموضع نفسه ، أ.د محمود جمال الدين زكى : فقرة ٢٦٨ ص ٤١٧ ، أ.د توفيق حسن فرج : فقرة ٢٦٩ ، ص ٢٥٠ ، أ.د غازى أبو عرابى : المرجع السابق ص ٣٠٨ .

(٣) أ.د عبد السميع أبو الخير : ص ٧٤ ، أ.د السيد عيد نايل : ص ٢٨٩ .

الفرع الثانى

التزامات مرتهن الدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٤٣١- ويشتمل على غصنين :

الغصن الأول : التزام المرتهن بالمحافظة على الدين المرهون فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الغصن الثانى : التزام المرتهن برد الدين المرهون فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الغصن الأول

التزام المرتهن بالمحافظة على الدين المرهون فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٤٣٢- **أولاً : فى الفقه الإسلامى :**

يوجب عقد الرهن ـ فى الفقه الإسلامى ـ على الدائن المرتهن أن يحافظ على الشىء المرهون ، وأن يبذل فى ذلك من العناية ما يبذله فى حفظ أمواله الخاصة ، وذلك لأن الشىء المرهون كالوديعة فى يد المرتهن فكان ملزماً بما يلتزم به الوديع ، فإذا تعدى المرتهن على الشىء المرهون ، أو قصر فى حفظه أو صيانته ضمنه بمثله إن كان مثلياً ، وبقيمته إن كان مقوماً . [1]

---

(١) البدائع جـ ٦ص ١٥٢ ، الاختيار فى تعليل المختار جـ ٢ ص ٧٠ ، تبيين الحقائق جـ ٦ ص ٦٧ ، وفيه : (ولا ينتفع المرتهن بالرهن ، ويحفظه بنفسه وزوجته ، وولده وخادمه الذى فى عياله ، وضمن بحفظه بغيرهم وبإيداعه ، وتعديه قيمته ، لما بينا أن عينه وديعة ، والوديعة تضمن بهذه الأشياء ، لكونه متعدياً بها ..) المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٤١٠ مسألة رقم ٣٢٩٦ ، السيل الجرار للشوكانى جـ ٣ ص ٣٧٦ ، البحر الزخار جـ ٤ ص ١٢٠ ، والمادة ٨٩٣ من مرشد الحيران التى تنص على أنه : (يجب على المرتهن أن يعتنى بحفظ الرهن كاعتنائه بحفظ ماله ، وله أن يحفظه بنفسه ، أو بزوجته وولده وغيرهما ممن هو فى عياله الساكنين معه ، وما جرى مجراهم ممن يأتمنه على حفظ ماله ..) وكذلك المادة ٩٧٠ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد .

ولا يختلف رهن الديون فى التزام الحفظ عن رهن الأعيان ، فيجب على مرتهن الدين أن يحافظ على الدين المرهون كما يحافظ على ديونه قبل الغير ، وإلا كان ضامناً .

ولمـــا كانت الديون أموالاً حكمية تثبت فى الذمة ، فإن واجب الحفظ ينصـــب على أذكارها أو السندات المثبتة لها ، فإذا تعدى مرتهن الدين على السند ، أو قصر فى حفظه ، أو سلمه للمدين به قبل الوفاء ، ففات بذلك الحق لعجز الدائن به (الراهن) عن إثباته ، فإن المرتهن ـــ والحالة هذه ـــ يضمن الدين الذى يتضمنه السند .

وإذا لـــم يكن للدين ذكر حق ، فإن المحافظة عليه تكون بعدم التعدى على الدين ، أو البينة التى تشهد به . (1)

ولمـــا كـــان الســـند المثبت للدين من الأمور التى يغاب عليها عند المالكـــية (2) أى لا يظهر هلاكها ، ويسهل على المرتهن إخفاؤها ، فإنه إذا هلك السند المثبت للدين ، كان المرتهن ضامناً ، إلا إذا استطاع أن يثبت أن الهـــلاك كـــان بلا تعد ولا تقصير منه ، أى أن عبء إثبات السبب الأجنبى للهلاك يقع على عاتق المرتهن .

<u>٤٣٣</u>- ثانياً : فـى القانـون المـدنـى :

لمـــا كانـــت " الـــتزامات الراهن والمرتهن فى رهن الدين هى نفس

---

(1) أ.د حسين حامد حسان : المرجع السابق ص ١٦٠ .

(2) وذلـــك لأن المالكـــية بالنســـبة لضـــمان المرتهـــن يفرقون بين ما إذا كان المرهون ممـــا يغـــاب علـــيه وبيـــن مـــا إذا كان مما لا يغاب عليه ، فإذا كان المرهون مما يغـــاب علـــيه فحكمـــه كمـــا هو مذكور فى المتن . أما إذا كان مما لا يغاب عليه كالحـــيوان والـــدور وغـــيرهما ممـــا يظهـــر هلاكـــه ويسهل على الراهن إثبات تعـــدى المرتهـــن علـــيه ، أو تقصـــيره فـــى حفظـــه ، فـــإن المرتهن يصدق فى دعـــوى هلاكـــه دون تعـــد أو تقصـــير مـــنه ، وبالتالى فإنه لا يضمن إلا إذا أقام الراهـــن بيـــنة علـــى تعديـــه أو تقصيره فى حفظه ، فإذا ما أقام الراهن هذه البينة ، فـــإن المرتهـــن ـــ والحالـــة هـــذه ـــ يضـــمن . يـــنظر : شـــرح الخرشى على مختصـــر خلـــيل جــــ ٥ ص ٢٥٦ ، الشـــرح الكبـــير للدردير جـــ ٣ ص ٢٥٣ – ٢٥٤ ، الشرح الصغير جـــ ٣ ص ١٣٣ .

التزاماتهما فى رهن الأشياء الأخرى " [1] فإنه يجب على مرتهن الدين أن يحافظ على الدين المرهون ، وذلك عن طريق اتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك فيجب على مرتهن الدين أن يقبض غلة الدين المرهون ، فيستولى على الفوائد التى تحل بعد الرهن ، وعلى كل الاستحقاقات الدورية الأخرى ، وإذا حل الدين أو جزء منه وجب عليه أن يقتضيه فى الزمان والمكان المحددين للوفاء ، وأن يبادر بإخطار الراهن بذلك [2] وهذا ما قررته المادة ١١٢٦/٢ والتى تنص على أنه : " ويلتزم الدائن المرتهن بالمحافظة على الدين المرهون ، فإذا كان له ان يقتضى شيئاً من هذا الدين دون تدخل من الراهن ، كان عليه أن يقتضيه فى الزمان والمكان المعينين للاستيفاء ، وأن يبادر بإخطار الراهن بذلك " .

وإذا كان الدين مهدداً بعدم سماع الدعوى بالتقادم ، وجب على المرتهن أن يقطع مدة التقادم ، وذلك عن طريق المطالبة به ، وإذا كان الدين المرهون مضموماً برهن رسمى، أو بحق اختصاص ، أو امتياز عقارى وجب على الدائن المرتهن أن يعمل على تجديد القيد فى الوقت المناسب ، وإذا كان الدين المرهون ثابتاً فى ورقة تجارية وجب على الدائن المرتهن ألا يتأخر فى المطالبة بها عند حلول أجل استحقاقها ، وفى إجراء برتستو عدم الدفع . [3]

وخلاصة ما تقدم : أنه يجب على الدائن المرتهن أن يقوم بكل ما من شأنه المحافظة على الدين المرهون ، وأن يعتنى به عناية الرجل المعتاد ، فيسأل عن كل تقصير لا يقع من الشخص العادى ،

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٧ ص ٢٧٣ .

(٢) أ.د السنهورى : فقرة ٦٥٣ ص ٩١١ ، أ.د عبد المنعم البدراوى : فقرة ٢٤٧ ص ٣٤٨ ، أ.د توفيق حسن فرج : فقرة ٢٨٠ ص ٢٥٦ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٧ ص ٢٧٣ ـ ٢٧٤ ، أ.د النسهورى : الموضع نفسه ، أ.د عبد المنعم البدراوى : فقرة ٢٤٧ ص ٣٤٧ ، ٣٤٨ ، أ.د توفيق حسن فرج : الموضع نفسه ، أ.د غازى أبو عرابى ص ٣٠٧ .

المــرهون ، ولــو انتقلــت ملكيته إلى غير الراهن ، ما دام الرهن نافذاً فى مواجهة من انتقلت إليه الملكية . (١)

وليس المقصود بالتتبع ــ هاهنا ــ هو التتبع المادى فقط المتمثل فى خــروج ســند الدين المرهون من يد الدائن المرتهن ، بل المقصود به أيضاً التتــبع المعــنوى للملكــية ، وذلك عندما يقوم الراهن بالتصرف فى الدين المرهون بالبيع إلى شخص أجنبى ، وفى هذه الحالة يستطيع الدائن المرتهن أن يــنفذ على الشىء المرهون بعد أن تكون ملكيته قد انتقلت من الراهن إلى شخص آخر ، وهذا لا يتم إلا بواسطة حق التتبع . (٢)

٤٣٠- ثالثاً : المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى :

يتضــح ممــا تقدم أن القانون المدنى يعطى الدائن المرتهن حق تتبع الدين المرهون تتبعاً مادياً كما لو خرج سند الدين من يده ، وتتبعاً معنوياً كما لــو تصرف الراهن فى الدين المرهون لشخص آخر غير الدائن المرتهن ، وإن كــان الفقــه الإسلامى لا يعرف مسمى التتبع إلا أنه يعرف مضمونه ، ولعــل الفــارق بيــن الفقــه الإســلامى والقانون المدنى فى هذه الحالة أن الفقــه الإســلامى يعتبر يد المتصرف إليه على الدين المرهون غير شرعية بيــنما يعتــبرها القــانون المدنى شرعية ، لأنه يسمح للراهن بالتصرف فى المرهون . (٣)

---

(١) أ.د عــبد المــنعم الــبدراوى : فقــرة ٢٦٧ ص ٣٧٩ . وفــى المعــنى ذاته : أ.د محمــد لبيــب شــنب : فقــرة ١٩٣ ص ١٧٨ أ.د توفيق حسن فرج : فقرة ٢٦٩ ص ٢٥٠ ، أ.د السيد عيد نايل : الموضع نفسه .

(٢) مجموعــة الأعمــال التحضــيرية جـــ ٧ ص ٣٣٦ ، أ.د السنهورى : فقرة ٥٩٥ ص ٨٥٠ ، أ.د شــمس الديــن الوكــيل فــى الموجــز : فقرة ١٨٢ ص ٣٧٣ ، أ.د عــبد المــنعم الــبدراوى : الموضــع نفســه ، أ.د محمود جمال الدين زكى : فقــرة ٢٦٨ ص ٤١٧ ، أ.د توفــيق حســن فــرج : فقرة ٢٦٩ ، ص ٢٥٠ ، أ.د غازى أبو عرابى : المرجع السابق ص ٣٠٨ .

(٣) أ.د عبد السميع أبو الخير : ص ٧٤ ، أ.د السيد عيد نايل : ص ٢٨٩ .

الفرع الثانى

التزامات مرتهن الدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٤٣١- ويشتمل على غصنين :

الغصن الأول : التزام المرتهن بالمحافظة على الدين المرهون فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الغصن الثانى : التزام المرتهن برد الدين المرهون فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الغصن الأول

التزام المرتهن بالمحافظة على الدين المرهون فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٤٣٢- **أولاً : فى الفقه الإسلامى :**

يوجب عقد الرهن ـ فى الفقه الإسلامى ـ على الدائن المرتهن أن يحافظ على الشىء المرهون ، وأن يبذل فى ذلك من العناية ما يبذله فى حفظ أمواله الخاصة ، وذلك لأن الشىء المرهون كالوديعة فى يد المرتهن فكان ملزماً بما يلتزم به الوديع ، فإذا تعدى المرتهن على الشىء المرهون ، أو قصر فى حفظه أو صيانته ضمنه بمثله إن كان مثلياً ، وبقيمته إن كان مقوماً . (١)

---

(١) البدائع جـ ٦ص ١٥٢ ، الاختيار فى تعليل المختار جـ ٢ ص ٧٠ ، تبيين الحقائق جـ ٦ ص ٦٧ ، وفيه : (ولا ينتفع المرتهن بالرهن ، ويحفظه بنفسه وزوجته ، وولده وخادمه الذى فى عياله ، وضمن بحفظه بغيرهم وبإيداعه ، وتعديه قيمته ، لما بينا أن عينه وديعة ، والوديعة تضمن بهذه الأشياء ، لكونه متعدياً بها ..) المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٤١٠ مسألة رقم ٣٢٩٦ ، السيل الجرار للشوكانى جـ ٣ ص ٣٧٦ ، البحر الزخار جـ ٤ ص ١٢٠ ، والمادة ٨٩٣ من مرشد الحيران التى تنص على أنه : (يجب على المرتهن أن يعتنى بحفظ الرهن كاعتنائه بحفظ ماله ، وله أن يحفظه بنفسه ، أو بزوجته وولده وغيرهما ممن هو فى عياله الساكنين معه ، وما جرى مجراهم ممن يأتمنه على حفظ ماله ..) وكذلك المادة ٩٧٠ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد .

ولا يختلف رهن الديون فى التزام الحفظ عن رهن الأعيان ، فيجب على مرتهن الدين أن يحافظ على الدين المرهون كما يحافظ على ديونه قبل الغير ، وإلا كان ضامناً .

ولما كانت الديون أموالاً حكمية تثبت فى الذمة ، فإن واجب الحفظ ينصب على أذكارها أو السندات المثبتة لها ، فإذا تعدى مرتهن الدين على السند ، أو قصر فى حفظه ، أو سلمه للمدين به قبل الوفاء ، ففات بذلك الحق لعجز الدائن به (الراهن) عن إثباته ، فإن المرتهن ــ والحالة هذه ــ يضمن الدين الذى يتضمنه السند .

وإذا لم يكن للدين ذكر حق ، فإن المحافظة عليه تكون بعدم التعدى على الدين ، أو البينة التى تشهد به . [1]

ولما كان السند المثبت للدين من الأمور التى يغاب عليها عند المالكية [2] أى لا يظهر هلاكها ، ويسهل على المرتهن إخفاؤها ، فإنه إذا هلك السند المثبت للدين ، كان المرتهن ضامناً ، إلا إذا استطاع أن يثبت أن الهلاك كان بلا تعد ولا تقصير منه ، أى أن عبء إثبات السبب الأجنبى للهلاك يقع على عاتق المرتهن .

٤٣٣- ثانياً : فى القانون المدنى :

لما كانت " التزامات الراهن والمرتهن فى رهن الدين هى نفس

---

(١) أ.د حسين حامد حسان : المرجع السابق ص ١٦٠ .

(٢) وذلك لأن المالكية بالنسبة لضمان المرتهن يفرقون بين ما إذا كان المرهون مما يغاب عليه وبين ما إذا كان مما لا يغاب عليه ، فإذا كان المرهون مما يغاب عليه فحكمه كما هو مذكور فى المتن . أما إذا كان مما لا يغاب عليه كالحيوان والدور وغيرهما مما يظهر هلاكه ويسهل على الراهن إثبات تعدى المرتهن عليه ، أو تقصيره فى حفظه ، فإن المرتهن يصدق فى دعوى هلاكه دون تعد أو تقصير منه ، وبالتالى فإنه لا يضمن إلا إذا أقام الراهن بينة على تعديه أو تقصيره فى حفظه ، فإذا ما أقام الراهن هذه البينة ، فإن المرتهن ــ والحالة هذه ــ يضمن . ينظر : شرح الخرشى على مختصر خليل جـ ٥ ص ٢٥٦ ، الشرح الكبير للدردير جـ ٣ ص ٢٥٣ – ٢٥٤ ، الشرح الصغير جـ ٣ ص ١٣٣ .

الـــتزاماتهما فى رهن الأشياء الأخرى " [١] فإنه يجب على مرتهن الدين أن يحافظ على الدين المرهون ، وذلك عن طريق اتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك فيجـــب علـــى مرتهـــن الدين أن يقبض غلة الدين المرهون ، فيستولى على الفوائد التى تحل بعد الرهن ، وعلى كل الاستحقاقات الدورية الأخرى ، وإذا حـــل الدين أو جزء منه وجب عليه أن يقتضيه فى الزمان والمكان المحددين للوفاء ، وأن يبادر بإخطار الراهن بذلك [٢] وهذا ما قررته المادة ٢/١١٢٦ والـــتى تـــنص علـــى أنـــه : " ويلتزم الدائن المرتهن بالمحافظة على الدين المرهون ، فإذا كان له ان يقتضى شيئاً من هذا الدين دون تدخل من الراهن ، كـــان عليه أن يقتضيه فى الزمان والمكان المعينين للاستيفاء ، وأن يبادر بإخطار الراهن بذلك " .

وإذا كـــان الديـــن مهـــدداً بعدم سماع الدعوى بالتقادم ، وجب على المرتهن أن يقطع مدة التقادم ، وذلك عن طريق المطالبة به ، وإذا كان الدين المـــرهون مضـــموماً برهن رسمى، أو بحق اختصاص ، أو امتياز عقارى وجـــب على الدائن المرتهن أن يعمل على تجديد القيد فى الوقت المناسب ، وإذا كان الدين المرهون ثابتاً فى ورقة تجارية وجب على الدائن المرتهن ألا يـــتأخر فى المطالبة بها عند حلول أجل استحقاقها ، وفى إجراء برتستو عدم الدفع . [٣]

وخلاصـــة ما تقـــدم : أنه يجب على الدائن المرتهن أن يقوم بكل ما من شأنه المحافظـــة علـــى الدين المرهون ، وأن يعتنى به عناية الرجل المعـــتاد ، فيســـأل عن كل تقصير لا يقع من الشخص العادى ،

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ ٧ ص ٢٧٣ .

(٢) أ.د السـنهورى : فقـــرة ٦٥٣ ص ٩١١ ، أ.د عـــبد المـــنعم الـــبدراوى : فقـــرة ٢٤٧ ص ٣٤٨ ، أ.د توفيق حسن فرج : فقرة ٢٨٠ ص ٢٥٦ .

(٣) مجموعـــة الأعمـــال التحضـــيرية جـــــ ٧ ص ٢٧٣ ــ ٢٧٤ ، أ.د السنـــهورى : الموضـــع نفســـه ، أ.د عـــبد المـــنعم الـــبدراوى : فقرة ٢٤٧ ص ٣٤٧ ، ٣٤٨ ، أ.د توفيق حسن فرج : الموضع نفسه ، أ.د غازى أبو عرابى ص ٣٠٧ .

حـــتى ولـــو كـــان التقصير يسيراً ، وعلى ذلك إذا هلك الشيء المـــرهون ، أو تلف كان المرتهن مسئولاً عن ذلك ، ما لم يثبت المرتهن أن هذا الهلاك أو التلف كان بسبب أجنبى لابد له فيه [1] ، وهـــذا مـــا قررته المادة ١١٠٣ من القانون المدنى التى تنص علـــى أنه : " إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون فعليه أن يـــبذل فى حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، وهـــو مســـئول عن هلاك الشيء ، أو تلفه ، ما لم يثبت أن ذلك يرجع إلى سبب أجنبى لا يد له فيه " .

وتقديـــر ما إذا كان الدائن المرتهن قد بذل عناية الشخص المعتاد فى حفـــظ الشـــيء المـــرهون من عدمه من الأمور التى تخضع لتقدير قاضى الموضوع . [2]

٤٣٤- ثالثاً : المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى :

يتضح مما تقدم أن القانون المدنى يتفق مع الفقه الإسلامى فى تقرير الالتزام الذى يقع على عاتق الدائن المرتهن بحفظ الدين المرهون ، إذ يجب علـــى الدائن المرتهن فى كل من الفقه الإسلامى ، والقانون المدنى أن يقوم بكل ما من شأنه المحافظة على الدين المرهون .

كما يتفق القانون المدنى مع ما ذهب إليه علماء المالكية من أن الدائن المرتهن يعد مسئولاً عن هلاك الدين المرهون ، أو تلفه ، إلا إذا أثبت أن هذا الهلاك أو التلف كان بلا تعد أو تقصير منه ، وإنما كان بسبب أجنبى لابد له فيه ، وذلك لأن السند مما يغاب عليه عند المالكية .

---

(١) أ.د السنهورى : فقرة ٥٥٨ ص ٨١٠ ، أ.د شمس الدين الوكيل فى الموجز : فقرة ١٧١ ص ٣٥٠ ، أ.د عبد المنعم البدراوى : فقرة ٢٤٧ ص ٣٤٧ ، أ.د محمود جمال الدين زكى : فقرة ٢٥٨ ص ٤٠٢ ، أ.د توفيق حسن فرج : فقرة ٢٨٠ ص ٢٥٦ ، أ.د السيد عيد نايل : ص ٢٦٦ ، أ.د غازى أبو عرابى : المرجع السابق : ص ٣٠٧ .

(٢) أ.د عبد المنعم : فقرة ٢٤٧ ص ٣٤٧ ، أ.د نبيل إبراهيم سعد : فقرة ١٦٧ ، ص ٢٠٤ ، أ.د السيد عيد نايل : ص ٢٦٦ .

هذا : وإذا كان القانون المدنى يتفق مع الفقه الإسلامى فيما تقدم ، إلا أنه يختلف عنه فى درجة العناية المطلوبة فى المحافظة على الدين المرهون ، فبينما الفقه الإسلامى يشترط أن يبذل الدائن المرتهن فى المحافظة على الدين المرهون ما يبذله فى حفظ أمواله الخاصة ، فإننا نجد القانون المدنى يشترط أن يبذل الدائن المرتهن عناية الشخص المعتاد .

الغصن الثانى

التزام المرتهن برد الدين المرهون فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٤٣٥- أولاً : فى الفقه الإسلامى :

اتفق الفقهاء على أن الدائن المرتهن إذا استوفى دينه ، أو أسقطه بوجه من وجوه الإسقاط كالإبراء ، أو المقاصة ، أو غير ذلك ، فإنه يجب عليه أن يرد الشيء المرهون إلى الراهن ، فإن امتنع عن رده إليه مع تمكنه من الرد ، فهلك فى يده قبل رده كان ضامناً لقيمته بالغة ما بلغت ، لأنه يعد متعدياً بحبس المرهون عن راهنه بعد انقضاء عقد الرهن . (١)

---

(١) البدائع جـ ٦ ص ١٧٠ ، شرح المجلة لسليم رستم باز : ص ٤٠٥ وفيها : (وحكم الرهن أيضاً وجوب تسليم المرهون عند الافتكاك ، غير أنه يجب أن يقضى الدين أولاً ، ثم يسلم الرهن ...)الشرح الكبير للدردير جـ ٣ ص ٢٥٥ ، وفيه : (... واستمر ضمانه ـ أى المرهون الذى يغاب عليه ـ إن قبض الدين من الراهن ، أو وهب له حتى يسلمه المرتهن به ...) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير : الصفحة نفسها ، الشرح الصغير للدردير جـ ٣ ص ١٣٤ ، الأم للإمام الشافعى جـ ٧ ص ٩١ ، ٩٢ مسألة رقم ٩٥٤٣ وفيه : (وإذا قضى الراهن المرتهن الحق أو أحاله به على غيره ورضى المرتهن بالحوالة ، أو أبرأه المرتهن منه بأى وجه كان من البراءة ، ثم سأله الراهن فحبسه عنه ، وهو يمكنه أن يؤديه إليه ، فهلك الرهن فى يد المرتهن فالمرتهن ضامن لقيمة الرهن بالغة ما بلغت ...) المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٤٤٤ والمادة ٩٦٥ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد التى تنص على أنه : (إذا وفى الراهن الدين ، أو أبرئ منه انفك الرهن ، ووجب على المرتهن رده إليه بطلبه) التاج المذهب جـ ٣ ص ٢٤٣ ، ٢٤٤ ، وفيه : (فإن كان ـ أى سقوط الدين ـ بالاستيفاء فالرهن فى ضمان المرتهن ، ولا يخرج عن الضمان حتى يقبضه الراهن ، ولو بالتخلية ، وإن لم يسلمه بعد مطالبته كان غاصباً..) .

وإذا ادعى المرتهن رد الشيء المرهون إلى الراهن ، فإنه لا يصدق فـي دعـواه بـل عليه إثبات ذلك [1] ، وذلك لأنه يدعى الرد بعد القبض ، والراهـن يـنكر ، فيجب عليه إقامة البينة على ذلك لقول رسول الله ﷺ : (البينة على المدعى ، واليمين على المدعى عليه) [2] .

والـتزام المرتهـن برد الشيء المرهون لايكون إلا فى حالة الوفاء الكلـى للديـن ، أما إذا كان الوفاء جزئياً ، فلا يجب على المرتهن أن يرد المـرهون ، وإنمـا يكون لـه الحق فى حبس الشيء المرهون فى يده حتى يستوفى باقى الدين ، عملاً بقاعدة عدم تجزئة الرهن .

٤٣٦- ثانياً : فى القانون المدنى :

تنص المادة ١١٠٧ من القانون المدنى على أنه : " يرد الدائن الشيء المـرهون إلـى الراهـن بعد أن يستوفى كامل حقه ، وما يتصل بالحق من ملحقاته ، ومصروفات ، وتعويضات " .

وعلى ضوء هذا النص يمكن القول أنه إذا كان المرهون ديناً ـ فإنه يجـب على الدائن المرتهن بعد استيفاء حقه [3] ، أن يرد الدين المرهون إلى

---

(١) الـبدائع جـ ٦ ص ١٧٤ ، العزيـز شـرح الوجـيز جـ ٤ ص ٥٠٩ وفيه : (... وإن ادعـى رده إلـى الراهـن فطـريقة العراقيـن من أصحابنا أن القول قول الراهن مع يمينه ، ولا يقبل قول المرتهن إلا ببينة ...) .

(٢) أخـرجه البـيهقى مـن حديـث ابن عباس : كتاب الدعاوى والبينات ـ باب البينة علـى المدعـى واليمـن علـى مـن أنكـر جـ ١٠ ص ١٥٢ ، والترمذى من حديـث عمـرو بـن شـعيب عـن أبيه عن جده كتاب الأحكام ـ باب ما جاء فى أن البيـنة علـى المدعـى واليميـن علـى المدعى عليه جـ ٣ ص ٦١٧ حديث رقـم ١٣٤١ وقـال : (هـذا حديـث فـى إسناده مقال) وقال أبو عيسى أيضاً : (والعمـل علـى هـذا عـند أهـل العلم من أصحاب النبى ﷺ وغيرهم أن البينة علـى المدعـى واليميـن علـى المدعـى عليه) وأخرجه الدار قطنى من حديث عمرو بن شعيب أيضاً : جـ ٤ ص ٢١٦ .

(٣) غـير أنـه قـد يلـتزم الدائـن المرتهـن قـبل أن يسـتوفى حقه بأن يرد الشيء المـرهون ، وذلـك كمـا لـو أسـاء الدائـن المرتهن استعمال الشيء المرهون ، ففـى هـذه الحالـة يكـون للراهـن أن يطلـب وضع المرهون تحت الحراسة ، (المـادة ٢/١١٠٦ مدنـى) وكمـا لـو وجـد خطـر جـدى يهـدد الشيء ===

الراهـــن (١) ، وذلـــك عن طريـــق رد الوثيقة أو السنـــد الذى يحبس فى الدين . (٢)

والتزام المرتهن برد الشىء المرهون لا يكون إلا إذا استوفى الدائن المرتهن حقه كاملاً ، فإذا بقى شىء منه لدى الراهن ، فلا يلتزم المرتهن برد المـــرهون ، وإنما يكون له الحق فى حبسه حتى يستوفى كامل حقه ، إعمالاً لقاعدة عدم تجزئة الرهن . (٣)

والمرتهـــن إنما يرد سند الدين بحالته التى كان عليها وقت التسليم ، فـــإذا هلك أو تلف كان مسئولاً عن ذلك ، ما لم يثبت أن الهلاك ، أو التلف يرجع إلى سبب أجنبى لا يد له فيه . (٤)

وإذا تأخـــر الدائـــن المرتهـــن فى رد الشىء المرهون بعد انقضاء الرهـــن ، كان مسئولاً عن هذا التأخير ، ويستطيع الراهن إجباره على الرد بإحدى دعويين :

الأولـــى : دعـــوى شخصية وتستند إلى عقد الرهن ذاته ، ويجب إقامة هذه الدعـــوى خـــلال خمســـة عشر سنة من تاريخ انقضاء الرهن ، وإلا سقطت بالتقادم .

=== المـــرهون فللراهـــن ان ينـــتزعه مـــن يد الدائن المرتهن قبل أن يوفيه حقه ، إذا هـــو قـــدم للدائـــن المرتهـــن تأميـــناً آخـــر . يـــنظر : مجموعـــة الأعمال التحضـــيرية جـــ ٧ ص ٢٢٣ ، أ.د السـنهورى : فقـــرة ٥٧٧ ص ٨٣٣ ، أ.د شـــمس الديـــن الوكـــيل فـــى الموجـــز : فقرة ١٧٣ ص ٣٥٩ ، أ.د محمود جمال الدين زكى : فقرة ٢٥٩ ص ٤٠٣ .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٧ ص ٢٧٤.

(٢) أ.د حسين حامد حسان : المرجع السابق ص : ١٧٣ .

(٣) أ.د محمـــد كـــامل مرســـى فـــى الموجز : فقرة ٢٠٤ ص ١٣٠ ، أ.د السنهورى : فقـــرة ٥٧٦ ص ٨٣٢ ، أ.د توفـــيق حســـن فـــرج : فقـــرة ١٥٩ ص ٢٤٠ ، أ.د حسام الأهوانى : فقرة ٦١١ ص ٦٩٥ .

(٤) أ.د الســـنهورى : فقـــرة ٥٧٧ ص ٨٣٣ ، ٨٣٤ ، أ.د شـــمس الديـــن الوكـــيل فى الموجـــز : فقـــرة ١٧٣ ص ٣٥٨ ، أ.د عـــبد المـــنعم البدراوى : فقرة ٢٥٥ ص ٣٦١ ، أ.د توفـــيق حســـن فـــرج : فقـــرة ١٥٩ ص ٢٤٠ ، أ.د السيد عيد نايل : ص ٢٧٦ .

الثانيــة : دعوى عينية وهى دعوى الاستحقاق التى تستند إلى ملكية الراهن للشــىء المرهون ، وهذه الدعوى لا تسقط بالتقادم مهما تأخر الراهن فى إقامتها . (١)

٤٣٧- ثالثاً : المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى :

يتضح مما تقدم أنه لا يوجد خلاف يذكر بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى فيما يتعلق بالتزام الدائن المرتهن برد الدين المرهون ، فكل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى يوجب على الدائن المرتهن رد سند الدين المرهون بعــد أن يســتوفى حقــه كاملاً من الراهن ، بحيث إذا بقى جزء من حقه لم يســتوفه ، كان لــه الحق فى حبس الدين المرهون عملاً بقاعدة عدم تجزئة الرهن .

كمــا يتفقان ــ أيضاً ــ فى أنه إذا هلك الشىء المرهون بعد وجوب الرد عليه ، فإنه يعد مسئولاً عن ذلك ، إلا إذا ثبت أن هذا الهلاك يرجع إلى سبب لا يد له فيه أى أن عبء إثبات السبب الأجنبى يقع على عاتق المرتهن ، فى كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

(١) أ.د محمــود جمــال الديــن زكــى : فقرة ٢٦٢ ص ٤١١ ، أ.د محمد لبيب شنب : فقرة ١٧٦ ص ١٦٤ ، أ.د حسام الأهوانى : فقرة ٦١١ ص ٦٩٦ .

الفصل الثالث

التصرف فى الديون بالمضاربة بها فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

ويشتمل على مبحثين :

المبحث الأول : حكم المضاربة بالديون فى الفقه الإسلامى .
المبحث الثانى : حكم المضاربة بالديون فى القانون المدنى .

* المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المبحث الأول

حكـــم المضاربـــة [1] بالديـــون فـــى الفقـــه الإســـلامـــى

٤٣٨ – ويشتمل على مطلبين :

المطلب الأول : حكم المضاربة بدين على العامل .

المطلب الثانى : حكم المضاربة بدين على غير العامل. [1]

---

(١) تعريف المضاربة :

(I) معنى المضاربة فى اللغة :

المضـــاربة مفاعلـــة مـــن الضـــرب فى الأرض وهو السير فيها، ينظر : القاموس المحـيط : بـاب الضـاد فصـل القـاف جــ ٢ ص ٤٠٢ ، ومنه قوله تعالى : ﴿ **وَآخَـرُونَ يَضْـرِبُونَ فِـي الأَرْضِ يَبْـتَغُونَ مِـن فَضْلِ اللَّهِ** ﴾ سـورة المزمل من الآية رقم ٢٠ .

وســمى العقــد بهــذا الاســم ؛ لأن العــامل فــيها يسير فى الأرض غالباً لطلب الــربح ، ويســمى أيضــاً قراضــاً و(المضـــاربة) هـــى لغـــة أهل العراق ، أما القــراض فهــو لغــة أهــل الحجــاز . يــنظر : الحــاوى الكبــير للمــاوردى : جـ ٧ ص ٣٠٥ .

(II) تعريف المضاربة فى اصطلاح الفقهاء : -

- **عــرفها الحنفــية بأنهــا :** (شــركة فى الربح بمال من جانب ، وعمل من جانب) يــنظر : مجمــع الأنهــر جـــ ٢ ص ٣٢١ ، وفــى المعنى ذاته : تبيين الحقائق جـ ٥ ص ٥٢ .
- **وعــرفها الشــيخ خلــيل مــن المالكــية بأنهــا :** (توكــيل علــى تجــر فى نقد مضــروب مســلم بجــزء مــن ربحــه) يــنظر : الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقى عليه جـ ٣ ص ٥١٧، منح الجليل جـ ٣ ص ٦٣٣.
- **وعــرفها الشــافعية بأنهــا :** (أن يدفــع شيئاً من أحد النقدين إلى إنسان ليتصرف فــيه علــى أن مــا يــرزق الله ــ تعــالى ــ مــن الــربح يكــون بينهما على ما يتشــارطان) يــنظر : التهذيــب للــبغوى : جـ ٤ ص ٣٧٧ ، وفى المعنى ذاته : العزيــز شــرح الوجــيز للــرافعى جــ ٦ ص ٣ ، روضـــة الطالبين جـ ٥ ص ١٧٧ .
- **وعــرفها الحــنابلة بأنهــا :** (أن يدفــع رجــل مالــه إلى آخر يتجر لــه فيه ، علــى أن مــا حصــل مــن الربح بينهما حسب ما يشترطانه) المعنى لابن قدامة جــ ٥ ص ١٣٤ مســألة رقــم ٣٦٤٢ وفــى المعــنى ذاتــه : المبدع فى شرح المقنع جـ ٥ ص ١٨ .

(ج) تعريف المضاربة فى القانون المدنى : ===

المطلب الأول

حكم المضاربة بدين على العامل

٤٣٩- **تصوير المسألة** : صورة هذه المسألة أن يكون لشخص على آخر دين ، فيقول له قبل أن يقبضه منه : أعمل بالدين الذى فى ذمتك مضاربة على أن يكون لك نصف الربح ، أو ثلثه ، أو ربعه مثلاً .

٤٤٠- **حكم المسألة** : اختلف الفقهاء فى حكم هذه المسألة على رأيين :

٤٤١- **الرأى الأول** : وهو ما ذهب إليه جماهير[1] أهل العلم من الحنفية[2]،

=== لم ينظم القانون المدنى المصرى عقد المضاربة فيما نظم من عقود ، ولذلك فلا مجال للكلام عن تعريف المضاربة فيه ، لذا فسأعرف المضاربة فى القوانين التى نظمت هذا العقد ، كالقانون المدنى العراقى ، والقانون المدنى التونسى :

- فقد عرفت المادة ٦٦٠ من القانون المدنى العراقى رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م عقد المضاربة بقولها : (المضاربة شركة يقدم فيها رب المال رأس المال ، والمضارب العمل) ينظر : أ.د عبد العظيم شرف الدين : عقد المضاربة بين الشريعة والقانون ص ١٥٦ ، الناشر : مكتبة الكليات الأزهرية ـ الطبعة الأولى سنة ١٣٩٤هـ ـ ١٩٧٤م ، د طه نورى الملاحويش : عقد المضاربة فى الفقه الإسلامى دراسة مقارنة ص ٤١ ، وهى رسالة دكتوراه من كلية الحقوق ـ جامعة القاهرة ـ بدون تاريخ .
- وعرفتها المادة ١١٩٥ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية بقولها : (القراض عقد يسلم بموجبه شخص ، وهو رب العمل مبلغاً من المال لشخص آخر ، وهو العامل ، على أن يلتزم هذا العامل بالتجارة به باسمه ، وفى حق رب المال على أن يكون له جزء معين شائع من الربح) ينظر : مجلة الالتزامات والعقود التونسية ص ٣٤٨ طبعة سنة ١٩٦٦م .

(١) حتى إنه لقد نقل ابن قدامة أن ابن المنذر حكى ذلك إجماع من يحفظ عنه فقال فى المغنى جـ ٥ ص ١٩٠ مسألة رقم ٣٧١٣ : (قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أنه لا يجوز أن يجعل الرجل ديناً له على رجل مضاربة ، وممن حفظنا ذلك عنه عطاء ، والحكم ، وحماد ... والثورى ، وإسحاق ، وأبو ثور) . ولكنى لم أجد ذلك فى كتاب الإجماع لابن المنذر .

(٢) البدائع جـ ٦ ص ٨٣ وفيه : (... إذا كان لرب المال على رجل دين ، فقال له : اعمل بدينى الذى فى ذمتك مضاربة بالنصف أن المضاربة فاسدة بلا خلاف ...) وأيضاً : العناية على الهداية جـ ٧ص ٤١٦ ، ٤١٧ ، الكفاية على الهداة جـ ٧ ص ٤١٧ ، ٤١٨ .

والمالكية [1] ، والشافعية [2] ، وجمهور الحنابلة [3] ، وهو مقتضى كلام الظاهرية [4] ، وجمهور الزيدية [5] ، والإمامية [6] ، والإباضية [7] ، ويرون أنه إذا كان لشخص على آخر دين في ذمته ،فقال له اعمل به على وجه المضاربة فلا يجوز .

٤٤٢- الرأى الثانى : وهو ما ذهب إليه بعض الحنابلة [8] ، والإمام

---

(١) الموطأ مع الاستذكار جـ ٢١ ص ١٣١ ، ١٣٢ ، وفيه : (قال مالك : إذا كان لرجل على رجل دين ، فسأله ان يقره عنده قراضاً أن ذلك يكره حتى يقبض ماله ، ثم يقارضه بعد ذلك ، أو يمسك ، وإنما ذلك مخافة أن يكون أعسر بماله ، فهو يريد أن يؤخر ذلك على أن يزيده فيه) . وأيضا : المنتقى للباجي جـ ٥ ص ١٥٥ ، الذخيرة للقرافى جـ ٦ ص ٣٣ ، شرح منح الجليل جـ ٣ ص ٦٦٧ .

(٢) روضة الطالبين جـ ٥ ص ١١٨ وفيه : (ولو قال للمديون : قارضتك على الدين الذى لى عليك لم يصح القراض ،بل لو قال : اعزل قدر حقى من مالك ، فعزله ، ثم قال : قارضتك عليه لم يصح) وأيضاً : الحاوى الكبير للماوردى جـ ٧ ص ٣٠٩ ، العزيز شرح الوجيز جـ ٦ ص ٩ ، التهذيب للبغوى جـ ٤ ص ٣٧٩ .

(٣) المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ١٩٠ مسألة رقم ٣٧١٣ وفيه : (ولا يجوز أن يقال لمن عليه دين ضارب بالدين الذى عليك . نص أحمد على هذا ، وهو قول أكثر أهل العلم ، ولا نعلم فيه مخالفاً ...) وأيضاً : شرح الزركشى على مختصر الخرقى جـ ٤ ص ١٣٧ ، المبدع جـ ٥ ص ٢٢، الإنصاف جـ ٥ ص ٤٣١ .

(٤) المحلى لابن حزم جـ ٨ ص ٢٤٧ مسألة رقم ١٣٦٨ وفيه : (والقراض إنما هو بالدنانير والدراهم ولا يجوز بغير ذلك ..) .

(٥) التاج المذهب جـ ٣ ص ١٥١ وفيه : (ولا يصح أن يضاربه فى دين عليه له ، إلا بعد أن يقبضه منه ، ثم يدفعه إليه مضاربة ...) .

(٦) رياض المسائل جـ ٥ ص ٤٦٦ وفيه : (ولا تصح المضاربة بالدين حتى يقبض بلا خلاف) وأيضاً :جامع المقاصد فى شرح القواعد جـ ٨ ص٦٧.

(٧) شرح النيل وشفاء العليل : جـ ١٠ ص ٣١٦ وفيه : (... إن جعلا القرض ، أو الدين قراضاً قبل قبضه ، فعمل به ، فذلك من الربا ما لم يقبضه) .

(٨) المغنى لابن قدامة جـ ٥ ، ص ١٩٠ رقم ٣٧١٣ وفيه : (وقال بعض أصحابنا : يحتمل أن تصح المضاربة ، لأنه إذا اشترى شيئاً للمضاربة ، فقد اشتراه بإذن رب المال ، ودفع الدين إلى من أذن له فى دفعه إليه ، فتبرأ ذمته منه ، ويصير كما لو دفع إليه عرضاً ، وقال : بعه وضارب بثمنه) وأيضاً : المبدع جـ ٥ ص ٢٢ ، الإنصاف جـ ٥ ص ٤٣١ .

يحيى من الزيدية [١] ، ويرون جواز المضاربة بدين على العامل .

٤٤٣- **الأدلـــة** :

٤٤٤- **أولاً : أدلـة الـرأى الأول** :

استدل أصحاب الرأى الأول القائلون بعدم جواز المضاربة بدين على العامل قبل قبضه ، بالمعقول ، وذلك من وجوه :

٤٤٥- **الوجـــه الأول** : إن جعـل الديـن الـذى علـى العامل رأس مال للمضـارية قـبل قبضـه يتـنافى وطبيعة عقد المضاربة ، وذلك لأن الدين مضـمون فـى ذمـة المدين ، والعامل فى عقد المضاربة أمين ابتداء ، ولا يتصور أن يكون الشخص أميناً فيما هو مضمون عليه . [٢]

٤٤٦- **الوجـه الثـانى** : إن الدين إنما يكون ملكاً للمدين ما دام فى ذمته ، ولا يدخل فى ذمة رب المال إلا بقبضه إياه ، ولم يوجد القبض فى هذه الحالة ، فلا تصح المضاربة . [٣]

٤٤٧- **الوجـــه الثـالـث** : إن القـول بجواز المضاربة بالدين الذى على العـامل فـيه تهمة أن يكون المدين قد أعسر بالدين ، ويريد أن يؤخره عنه على أن يزيده فيه ، فيكون من الربا المنهى عنه .[٤]

٤٤٨- **ثانياً : أدلـة الـرأى الثـانى** :

اسـتدل أصـحاب الرأى الثانى القائلون بجواز المضاربة بدين على العامل بالمعقول ، وذلك من وجهين :

---

(١) الـبحر الـزخار جـــ ٤ ص ٨٢ ، وفـيه : (أى) ويصـح عقدهـا على دين فى ذمة العامل .... إذ المال هنا كالمقبوض) .

(٢) المبسوط جــ ٢٢ ص ٢٩ ، الفتاوى الهندية جــ ٤ ص ٢٨٦ ، الاستذكار لابن عبد البر جــ ٢١ ص ١٣١ مسألة رقم ٣٠٧٦٤ .

(٣) العزيــز شــرح الوجـيز جـــ ٦ ص ٨ ، روضــة الطالبين جــ ٥ ص ١١٨ ، المغـنى لابـن قدامـة: الموضـع نفسـه ، شرح الزركشى على مختصر الخرقى جـــ ٤ ص ١٣٧ ، وفـيه : (... لأن المــال مـا دام فـى يد المدين لا يصير للغريم إلا بقبضه ، ولم يوجد القبض هنا) .

(٤) المنـتقى شـرح الموطـأ جـــ ٥ ص ١٥٥ ، الاسـتذكار لابن عبد البر جــ ٢١ ص ١٣١ ، ١٣٢ ، شـرح مـنح الجلـيل جـــ ٢ ص ٦٦٧ ، الشـرح الكبـير للدردير جــ ٣ ص ٥١٨ ، الشرح الصغير للدردير جــ ٣ ص ٢٧٨ .

٤٤٩- **الوجه الأول** : إن العامل إذا اشترى بالدين الذى فى ذمته شيئا للمضاربة ، فقد اشتراه بإذن رب المال ، ودفع الثمن إلى من أذن له فى دفعه إليه ، فتبرأ ذمته منه ، ويصير كما لو دفع إليه عرضاً ، وقال : بعه ، وضارب بثمنه . (١)

مناقشة هذا الوجه : ويناقش قياس المضاربة بالدين هنا على ما لو دفع إليه عرضاً ، وقال له : بعه ، وضارب بثمنه ، بأن المضاربة لا تصح إلا إذا كان رأس المال من الدنانير ، والدراهم ، ولا تصح إذا كان رأس المال عرضاً . (٢)

٤٥٠- **الوجه الثانى** : إن رب المال إذا جعل الدين الذى على العامل رأس مال للمضاربة جاز ذلك ، لأن الدين فى هذه الحالة يكون كالمقبوض . (٣)

مناقشة هذا الوجه : ويناقش هذا الوجه ، بأن القول بأن الدين فى هذه الحالة يكون كالمقبوض قول غير مسلم ، وذلك لأن القبض لم يوجد هنا، وإذا لم يوجد قبض من قبل رب الدين ، بقى الدين مملوكاً للعامل ، وبالتالى لا تصح المضاربة . (٤)

٤٥١ – **الترجيح** :

بعد عرض آراء الفقهاء فى هذه المسألة ، وأدلتهم ، ومناقشة ما استدل به أصحاب الرأى الثانى ، يتضح لنا رجحان الرأى الأول (رأى الجمهور) القائل بعدم جواز المضاربة بدين على العامل ، وذلك لقوة أدلتهم ، ولأن القول بعدم جواز المضاربة بدين على العامل هو الذى يتسق مع أحكام

---

(١) المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ١٩٠ رقم ٣٧١٣ ، شرح الزركشى على مختصر الخرقى جـ ٤ ص ١٣٧، المبدع فى شرح المقنع جـ ٥ ص ٢٢.

(٢) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٨٢ ، الشرح الصغير جـ ٣ ص ٢٧٧ ـ مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣١٠ ، العدة شرح العمدة جـ ١ ص ٢٤٩ ، وفيه : (ولا يصح بالعروض ، وهو ظاهر مذهب احمد ....).

(٣) البحر الزخار جـ ٤ ص ٨٢ .

(٤) العزيز شرح الوجيز جـ ٦ ص ٨ ، روضة الطالبين جـ ٥ ص ١١٨ ، المغنى لابن قدامة : جـ ٥ ص ٩٠ رقم ٣٧١٣ ، شرح الزركشى على مختصر الخرقى جـ ٤ ص ١٣٧

المضاربة التى يشترط فى رأس مالها — ضمن ما يشترط من شروط — أن يكـون عيـناً لا ديـناً [1] ، فضلاً عن ذلك — كما سبق القول — يخشى إذا أجيزت المضاربة بدين على العامل أن يؤدى ذلك إلى الربا المحرم شرعاً ، وذلـك لأن العـامل قد يعسر ، فيعمد إلى تأخير الدين فى مقابل أن يزيد فى حصة رب المال فى الربح .

٤٥٢- **تتمـة** :

إذا كـان الراجح الذى عليه جماهير الفقه الإسلامى هو أنه لا تجوز المضاربة بدين على العامل ، إلا أنه إذا قام العامل — على الرغم من ذلك — بالمضاربة بالدين الذى فى ذمته ، فحقق أرباحاً أو منى بخسائر ، فلمن تكون هذه الأرباح ؟ وعلى من تكون هذه الخسائر ؟

اختلف الفقهاء فى ذلك على رأيين :

٤٥٣ – **الـرأى الأول** : وهـو مـا ذهـب إليه الإمام أبو حنيفة [2] ، وجمهـور المالكـيـة [3] ، والأصـح مـن قولـى الشافعـى [4] ،

---

(١) العـناية علـى الهدايـة جـ ٧ ص ٤١٦ ، الشـرح الصغير جـ ٣ ص ٢٧٧ ، ٢٧٨ ، الحـاوى الكبـير جـ ٧ ص ٣٠٩ ، المغـنى لابـن قدامة جـ ٥ ص ١٩٠ ، المحلـى لابـن حـزم جـ ٨ ص ٢٤٧ ، مسـألة رقـم ١٣٦٨ ، التاج المذهـب جـ ٣ ص ١٥١ ، جـامع المقاصـد فى شرح القواعد جـ ٨ ص ٦٧ ، شرح النيل وشفاء العليل جـ ١٠ ص ٣١٦ .

(٢) الـبدائع جـ ٦ ص ٨٣ وفـيه : (... فـإن اشترى هذا المضارب ، وباع لرب المـال له ربحـه وعلـيه وضـيعته ، بـناء علـى أن من وكل رجلاً يشترى له بالديـن الـذى فـى ذمـته لم يصح عند أبى حنيفة) وأيضاً : العناية على الهداية جـ ٧ ص ٤١٧ ، الكفاية على الهداية جـ ٧ ص ٤١٧ ، ٤١٨ .

(٣) الاسـتذكار لابـن عـبد الـبر جـ ٢١ ص ١٣٣ مسألة رقم ٣٠٧٦٨ ، شرح منح الجلـيل جـ ٣ ص ٦٦٧ ، الشـرح الكبـير جـ ٣ ص ٥١٨ ، الشرح الصغير جـ ٣ ص ٢٧٨ .

(٤) الحـاوى الكبـير للمـاوردى جـ ٧ ص ٣٠٩ وفيه : (... والقول الثانى : وهو الأصـح : أن الـربح والخسـران للعـامل ، وعلـيه ديـن رب المال ، ولا يبرأ بالـتجارة فـى ديـن رب المـال) وأيضاً : العزيز شرح الوجيز جـ ٦ ص ٩ ، روضة الطالبين جـ ٥ ص ١١٨ .

والحنابلة [1] ، والإمامية [2] ، ويرون أنه إذا قام العامل بالمضاربة فى الدين الذى فى ذمته ، فباع واشترى ، فحقق أرباحاً ، أو منى بخسائر فإن ما اشتراه وباعه يكون لحسابه ، وبالتالى فإن ما حققه من أرباح يكون له وما منى به من خسائر يكون عليه .

٤٥٤- الرأى الثانى : وهو ما ذهب إليه الصاحبان من الحنفية [3] ، وأشهب [4] من المالكية [5] والشافعية فى قول

---

(١) المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ١٩٠ مسألة رقم ٣٧١٣ ، وفيه : (أن المضارب إذا اشترى بعين ذلك المال شيئاً للمضاربة وقع الشراء للمشترى ، لأنه يشترى لغيره بمال نفسه فحصل الشراء له) .

(٢) جامع المقاصد جـ ٨ ص ٦٧ ، ٦٨ ، وفيه : (.. ولو قال : اعزل المال الذى لى عليك وقد قارضتك عليه ، ففعل واشترى بعين المال للمضاربة ، فالشراء له ..) .

(٣) الكفاية على الهداية للكرلانى جـ ٧ ص ٤١٨ ، وفيه : (وفى قولها : ما اشترى فهو لرب المال والمضارب برئ من دينه ، وله على رب المال أجر مثله فيما عمل) هذا : واختلاف الصاحبين مع الإمام أبى حنيفة – رحمهم الله – فى هذه المسألة مبنى على اختلافهما فى صحة التوكيل بالشراء بدين فى ذمة الوكيل . جاء فى العناية على الهداية جـ ٧ ص ٤١٦ – ٤١٧ : (... إذا قال : اعمل بالدين الذى فى ذمتك ، فإنه لا تجوز المضاربة بالاتفاق ، ولكن مع اختلاف فى التخريج ، أما عند أبى حنيفة ، فلأن هذا التوكيل لا يصح على ما مر .. فى باب الوكالة فى البيع والشراء من كتاب الوكالة حيث قال : (ومن له على آخر ألف درهم فأمره أن يشترى بها هذا العبد ... الخ) وإذا لم يصح كان المشترى للمشترى ، والدين بحاله ، وإذا كان المشترى للمشترى كان رأس مال المضاربة من مال المضارب ، وهو لا يصح ، وأما عندهما : فلأن التوكيل يصح ، ولكن يقع الملك فى المشترى للآمر ، فيصير مضاربة بالعرض ، وذلك لا يجوز) وينظر أيضاً : العناية على الهداية : كتاب الوكالة – باب الوكالة بالبيع والشراء جـ ٧ ص ٥٤ وما بعدها وأيضاً : البدائع جـ ٦ ص ٨٣ ، تبيين الحقائق جـ ٥ ص ٥٤

(٤) **أشهب :** سبق ترجمته فقرة ١٠٥ من هذه الرسالة .

(٥) الاستذكار لابن عبد البر جـ ٢١ ص ١٣٣ ، مسألة رقم ٣٠٧٧٠ – ٣٠٧٧١ وفيه : (وقال أبو يوسف ومحمد : ما اشترى وباع فهو للآمر رب الدين ، وللغريم المضارب أجره ، وهو قول أشهب) .

عـــندهم [١] ، والـــزيدية [٢] ، ويرون أنه إذا قام العامل بالمضاربة فى الدين الذى فى ذمته ، فحقق أرباحاً ، أو منى بخسائر فإن ما حققه من أرباح يكون لرب المال ، وكذلك ما منى به من خسائر يكون عليه ، أما العامل فيكون له أجر مثله فيما عمل ، ويبرأ مما عليه من الدين .

٤٥٥ – **الأدلـــة** :

٤٥٦ – **أولاً** : **دلـيـل الــرأى الأول** : استدل أصحاب الرأى الأول على ما ذهبوا إليه من أن العامل إذا قام بالمضاربة بالدين الذى فى ذمته فحقق أرباحاً ، أو مـــنى بخســـائر ، فإن ما حققه من أرباح يكون له ، وما منى به من خسائر يكـــون علـــيه ، أقول : استدل هؤلاء بأن الدين قبل القبض إنما هو مملوك للمديـــن (العـــامل) فـــإذا اشـــترى بهذا الدين شيئاً للمضاربة ، وقع الشراء للمشـــترى ؛ لأنه يشترى لرب المال بمال نفسه ، فيحصل الشراء لحسابه ، وبالتالى يكون له ربحه وعليه خسارته .[٣]

٤٥٧ – **ثانـيـاً** : **دلـيـل الــرأى الـثـانى** : استدل أصحاب الرأى الثانى على ما ذهـــبوا إليه من أن ما حققه العامل من أرباح أو ما منى به من خسائر يكون لـــرب المال أو عليه بقياس قيام العامل بالمضاربة بالدين الذى فى ذمته على قـــيامه بالمضـــاربة بالدين الذى على غيره ، وإذا ضارب العامل بدين على الغير كان ربحه لرب المال وخسارته عليه ، فكذلك إذا ضارب العامل بدين

---

(١) الحـــاوى الكبـــير جـــ ٧ ص ٣٠٩ ، العزيـــز شـــرح الوجـــيز جـــ ٦ ص ٩ ، روضة الطالبين جـــ ٥ ص ١١٨ .

(٢) الـــتاج المذهـــب جـــ ٣ ص ١٥١ وفـــيه : (وإذا ضـــاربه فى الدين الذى عليه لـــــه مـــن غـــير قـــبض لـــه ... فهى مضاربة فاسدة ، فما اشتراه كان للآمر ، ويلحقـــه ربحـــه ، وخســـارته ، وللعـــامل أجـــر مـــثله ، وهو ضامن ، لأنه أجير مشترك ، ويبرأ من الدين الذى كان عليه . أهـــ) .

(٣) المغـــنى لابـــن قدامـــة : المـــرجع الســـابق الموضع نفسه ، جامع المقاصد جـــ ٨ ص ٦٨ ، وفـــيه : (... فـــإذا اشـــترى المضـــارب بعين المال كان الشراء لـــه ، ... لأن المـــأذون فـــيه هـــو الشـــراء للقـــراض لينـــتقد فيه مال القراض ، وقد تقرر أن المال الذى فى يده له ، فإذا اشترى وقع الشراء له) .

فى ذمته هو ، لعدم الفرق بينهما . [١]

٤٥٨ – **مناقشة هذا الدليل** :

ويناقش هذا الدليل بأن القياس فيه إنما هو قياس مع الفارق ، وقد تولى الإمام الماوردى[٢] بيان وجه الفرق فقال : (... والفرق بين كون الدين عليه ، وبين كونه على غيره ، أن قبضه من غيره صحيح لأنه وكيل فيه لرب المال ، فعاد الربح والخسران على رب المال ، لحدوثهما عن ملكه ، وقبضه من نفسه فاسد ، لأنه يصير مبرئاً لنفسه بنفسه ، فعاد الربح والخسران عليه دون رب المال لحدوثهما عن ملكه ، لأنه فى كل من الموضعين يعود الربح والخسران على من له المال) .[٣]

٤٥٩– **الترجيح** :

بعد عرض آراء الفقهاء ، وأدلتهم ، ومناقشة ما استدل به أصحاب الرأى الثانى ، يتضح لى – والله أعلم بالصواب – أن الرأى الراجح هو الرأى الأول الذى يرى أن العامل إذا ضارب بالدين الذى فى ذمته فحقق أرباحاً ، أو منى بخسائر ، فإن الذى يستحق الأرباح ويتحمل الخسائر هو العامل نفسه ، دون رب المال ، ويبقى العامل مديناً بالدين الذى عليه لرب

---

(١) الحاوى الكبير جـ ٧ ص ٣٠٩ وفيه : (... وفيما حصل فيه من الربح أو الخسران قولان حكاهما أبو حامد فى جامعه تخريجاً ، أحدهما : أنه لرب المال وعليه ، كالحادث من مقارضته فى دين على غيره ، فعلى هذا تبرأ ذمة العامل من الدين إذا اتجر فيه ...) وأيضاً : العزيز شرح الوجيز جـ ٦ ص ٩ ، روضة الطالبين جـ ٥ ص ١١٨

(٢) الماوردى : هو الإمام على بن محمد على حبيب ، أبو الحسن الماوردى (نسبة إلى بيع ماء الورد) من العلماء الباحثين أصحاب التصانيف النافعة ، ولد فى البصرة ، وانتقل إلى بغداد ، وولى القضاء فى بلدان كثيرة ، له مؤلفات كثيرة منها : (الحاوى فى الفقه) و (الأحكام السلطانية) وغيرها ، توفى ببغداد سنة ٤٥٠هـ ينظر : طبقات الشافعية لابن السبكى جـ ٥ ص ٢٦٧ ، طبعة عيسى الحلبى سنة ١٣٨٦هـ / ١٩٦٧م ، شذرات الذهب جـ ٣ ص ٢٨٥

(٣) الحاوى الكبير ، الموضع نفسه .

المــال ، وذلك لقوة حجتهم ، ولا يقال : إنه وكيل عن رب المال فى ذلك ، لأنــه إذا فعل ذلك يكون قد قبضه من نفسه ، وقبض المرء من نفسه فاسد ؛ لأنه يصير مبرئاً لنفسه بنفسه فلا يصح ، فيبقى الدين على ملكه وبالتالى فإن مــا حققه من أرباح يكون لــه ، وما منى به من خسائر يكون عليه - والله تعالى أعلم .

المطلب الثانى

حكم المضاربة بدين على غير العامل

٤٦٠- **تصـوير المسـألة** : وصورة هذه المسألة أن يكون هناك شخص دائناً لشخص بمبلغ من المال ، فيقول الدائن لشخص ثالث : اقبض الدين الذى فى ذمــة المديــن ، واعمل فيه مضاربة ،وما رزقنا الله ــ تعالى ــ من الربح يكون بيننا مناصفة مثلاً .

٤٦١- **حكم هـذه المسألـة** : اختلف الفقهاء فى حكم هذه المسألة على رأيين :

٤٦٢- **الرأى الأول:** وهو ما ذهب إليه الحنفية [1]، واللخمى[2] من المالكية[3] ،

---

(١) الــبدائع جـــ ٦ صـــ ٨٣ وفــيه : (ولــو قال لرجل : أقبض ما لى على فلان مــن الديــن ، واعمــل بــه مضــاربة جاز) وأيضاً : العناية على الهداية جــ ٧ صـــ ٤١٦ ، تبييــن الحقــائق جـــ ٥ صـــ ٥٤ ، اللــباب فــى شرح الكتاب للمــيدانى جـــ ٢ صـــ ١٣١ ، طــبعة دار الكتب العلمية ، بيروت سنة ١٤١٣ هــ/١٩٩٣م .

(٢) **اللخمــى** : هــو علــى بــن محمد ، أبو الحسن ، المعروف باللخمى ، فقيه مالكى فاضــل ، ذو حــظ فــى الأدب ، قــيروانى الأصل ، نزل سفاقس وتفقه به جماعة مــن أهلهــا ، صــنف كتــباً مفــيدة مــن أحســنها تعليق كبير على المدونة سماه (التبصــرة) ، أورد فــيه آراء خــرج بهــا عــن المذهــب ، توفى بسفاقس سنة ٤٧٨هـــ ، يــنظر : الديــباج المذهــب صــ ٢٩٨ ، شجرة النور الزكية : صــ ١١٧ ، الأعلام ، جــ ٤ صــ ٣٢٨ .

(٣) غــير أن اللخمــى قــد قــيد الجواز فى هذه الحالة بأن يكون الدين على موسر ، حاضــر ، غــير ملــد ويتيســر اجــتماع العــامل بــه . ينظر : الزخيرة للقرافى جــ ٦ صـــ ٣٤ ، شرح منح الجليل جــ ٣ صــ ٦٦٩ .

والحنابلـــة [١] ، والإباضية فى قول عندهم [٢] ، ويرون جواز المضاربة بدين علـــى غير العامل ، وعلى ذلك إذا قال رب المال للمضارب : اقبض دينى الذى على فلان واعمل به مضاربة جاز ذلك .

٤٦٣- **الـرأى الثانى** : وهو ما ذهب إليه جمهور المالكية [٣] ، والشافعية [٤] ، والـــزيدية[٥] والإمامية [٦] ، والإباضية فى قول عندهم [٧] ، ويرون أنه لا تجـــوز المضـــاربة بدين على غير العامل ، وعلى ذلك إذا وكل رب الدين شخصـــاً فى قبضه من المدين على أن يعمل فيه مضاربة ، فالتوكيل بقبضه صحيح ، ولكن لا تصح المضاربة .

---

(١) المغـــنى لابـــن قدامـــة جــــ ٥ صــــ ١٩٠ مسألة رقم ٣٧١٤ وفيه : (وإن قال لـــرجل : اقـــبض المـــال الـــذى علـــى فلان ، واعمل به مضاربة ، فقبضه وعمل به جاز فى قولهم جميعاً ، ويكون وكيلاً فى قبضه مؤتمناً عليه ..)

(٢) شـــرح النـــيل وشـــفاء العلـــيل جـــ ١٠ صــــ ٣١٧ وفيه : (وفى التاج : من قال : اقـــبض لـــى مـــالى علـــى فـــلان وضـــارب به ، فقبضه وعمل به جاز لـــه ، وكان وكيلاً فى قبضه مؤتمناً فيه) .

(٣) المدونـــة الكـــبرى : جـــــ ١٢ ص ٨٨ ، وفـــيها : (قلـــت : فـــإن قلـــت لـــه : اقتضـــى ديـــنى الـــذى لـــى علـــى فلان ، واعمل به قراضا ؟ قال : لا يجوز هذا عـــند مـــالك) ، الاســـتذكار لابـــن عـــبد الـــبر جــــ ٢١ ص ١٣٢ رقم ٣٠٧٦٣ وفـــيه : (وكذلـــك لا يجـــوز أن يقـــول الرجل للرجل : اقبض مالى على زيد من الديـــن ، واعمـــل بـــه قراضـــا ، وهو عنده قراض فاسد ...) شرح منح الجليل جــ ٣ ص ٦٦٧ .

(٤) العزيـــز شـــرح الوجـــيز جـــــ ٦ ص ٨ وفـــيه : (ولـــو كـــان لـــه دين فى ذمة إنســـان ، فقـــال لغـــيره : قارضـــتك علـــى دينى الذى على فلان فاقبضه ، واتجر فـــيه لـــم يجـــز ...) وأيضـــاً : التهذيـــب للـــبغوى جـــــ ٤ ص ٣٧٩ ، روضة الطالبين جــ ٥ ص ١١٧ ، مغنى المحتاج جــ ٢ ص ٣١٠ .

(٥) البحر الزخار جــ ٤ ص ٨٢ .

(٦) جـــامع المقاصـــد فـــى شـــرح القواعـــد جــ ٨ ص ٦٩ ، وفيه : (ولو قال : خذ المـــال الـــذى علـــى فـــلان ، واعمـــل به مضاربة لم يصح ..) وأيضاً : رياض المسائل جــ ٥ ص ٤٦٦ .

(٧) الإيضـــاح للشـــماخى جــــ ٧ ص ٨ وفـــيه : (وإن أمـــر رجل رجلاً أن يقبض ديـــناً لـــــه مـــن رجـــل آخـــر ويعمـــل فيه على جهة القراض ، فإنى أخاف أن تكون هذه مضاربة فاسدة ..) .

٤٦٤- **الأدلـة** :

٤٦٥- **أولاً** : **أدلـة الـرأى الأول** :

اســتدل أصــحاب الرأى الأول القائلون بجواز المضاربة بدين على غير العامل بالمعقول ، وذلك من وجهين :

٤٦٦- **الوجــه الأول** : إن رب المال لو قال للمضارب : اقبض الدين الذى على فلان ، وضارب به ، ففعل ، فإن يكون وكيلاً فى قبضه مؤتمناً عليه ، لأنــه قبضه بإذن مالكه من غيره ، فجاز أن يجعله مضاربة ، قياساً على ما لو قال اقبض المال الذى على غلامى، وضارب به . [1]

٤٦٧- **الوجــــه الــثانى** : إن فى المضاربة بالدين الذى على غير العامل توكيلاً بالقبض ، وإضافة للمضاربة إلى ما بعد قبض الدين [2] ، وذلك جائز لأن المضــاربة إذا أضيفت إلى ما بعد القبض ، فإن رأس المال ــ والحالة هذه ــ يكون عيناً لا دينا [3] ، وبالتالى يتحقق شرط المضاربة فتجوز .

٤٦٨- **ثانياً** : **أدلـة الـرأى الثـانى** :

استدل أصحاب الرأى الثانى القائلون بعدم جواز المضاربة بدين على غير العامل ، بالمعقول ، وذلك من وجهين :

٤٦٩- **الوجــــه الأول** : إن تكليف العامل بقبض الدين من المدين من قبل رب المـــال فــيه كلفة على العامل ، واشتراط منفعة لرب المال زائدة على القراض ، فيفسد القراض تبعاً لهذا . [4]

---

(١) المغنى لابن قدامة جــ ٥ ص ١٩٠ مسألة رقم ٣٧١٤ .

(٢) تبيين الحقائق جــ ٥ ص ٥٤ .

(٣) الــبدائع جـــ ٦ ص ٨٣ وفــيه : (... لأن المضــاربة هــنا أضــيفت إلــى المقــبوض ، فكــان رأس المــال عيــناً ، لا ديــناً) وأيضاً : الكفاية على الهداية جــ ٧ ص ٤١٧ ، البناية على الهداية جــ ٧ ص ٦٥٨ .

(٤) الاســتذكار لابــن عــبد الــبر جـــ ٢١ ص ١٣٢ رقــم ٣٠٧٦٣ ، الإيضــاح للشــماخى جـــ ٧ ص ٨ ، ٩ وفــيه : (وإن أمــر رجــل رجلاً أن يقبض ديناً لــه مــن رجــل آخــر ، ويعمــل فيه على جهة القراض ، فإنى أخاف أن تكون هــذه مضــاربة فاســدة ، لأنــه حين كلفه القبض لذلك الدين صارت لــه فى ذلك مــنفعة ، وكــل مــنفعة اشــترطها رب المــال علــى المضــارب غير سهمه من الــربح فإنهــا تصــير مــا انعقد عليه القراض مجهولاً ، وكأنه قارضه على رأس مال مجهول) .

مناقشة هذا الوجه : ويمكن مناقشة هذا الوجه بان تكليف العامل بقبض الدين من المدين إنما يمثل كلفة عليه ، فى حالة ما إذا كان المدين معسراً ، أو كان غائباً ، أو كان ملداً ذا خصومة ، أو كان ممن يتعذر على العامل الاجتماع به ، كل هذه أمور تمثل كلفة على العامل ، أما إذا كان المدين موسراً ، حاضراً ، غير ملد ، وكان ممن يتيسر على العامل الاجتماع به ومطالبته بالدين ــ وهى الشروط التى اشترطها اللخمى للجواز ــ [1] فلا كلفة على العامل حينئذ .

٤٧٠- **الوجه الثانى** : إن فى هذه الصورة تعليقاً للمضاربة على القبض والتعليق من شأنه أن يفسد المضاربة .[2]

مناقشة هذا الوجه : ويناقش هذا الوجه بأن القول بأن هذه الصورة فيها تعليق للمضاربة على القبض قول غير مسلم ، وذلك لأن المضاربة هنا مضافة إلى وقت قبض الدين ، وليس فيها تعليق.[3]

٤٧١- **الترجيح** :

بعد عرض آراء الفقهاء فى هذه المسألة ، وأدلتهم ، ومناقشة أدلة الرأى الثانى ، يتضح لى ــ والله أعلم بالصواب ــ أن الرأى الراجح هو الرأى الأول القائل بجواز المضاربة بدين على غير العامل ، ولكن بالشروط التى ذكرها الإمام اللخمى المالكى ، وهى أن يكون الدين على موسر ، حاضر ، غير ملد ، ويتيسر اجتماع العامل به ، وذلك لما يأتى :

١) إن حجة المانعين للمضاربة بدين على غير العامل تتمثل فى أن قيام العامل بقبض الدين من المدين فيه كلفة على العامل ، ولا شك أن اشتراط هذه الشروط من شأنه أن يبدد هذه الكلفة ، أو على الأقل من شأنه أن يخفف من وطأتها .

---

(١) الذخيرة للقرافى جـ ٦ ص ٣٤ ، منح الجليل جـ ٣ ص ٦٦٩ .

(٢) معنى المحتاج جـ ٢ ص ٣١٠ ، وفيه : (فلو قال شخص لآخر : اقبض دينى من فلان ، فإذا قبضته فقد قارضتك عليه ، لم يصح لتعليقه) .

(٣) طه نورى الملاحويش : فى رسالته السابقة ص ١٧٩ .

٢) إن العـــامل يقبض الدين الذى فى ذمة الغير باعتباره وكيلا عن رب المال (الدائن) فكأن الدائن قد قبضه بنفسه ، ثم بعد أن يقبض العامل الدين تنعقد المضاربة .

المبحث الثانى

حكـــم المضاربـــة بالديـــون فـــى القانـــون المدنـــى

٤٧٢ - عـــدم معـــرفة القوانـــين الغربـــية ، والقوانـــين العربـــية المســـتمدة مـــنها عقد المضاربة :

يعـــد عقـــد المضاربة من العقود الإسلامية المحضة التى لا تعرفها التشريعات الوضعية الغربية ، وكذا التشريعات العربية المستمدة منها ، ومنها القـــانون المدنـــى المصرى ، ومن ثم فلا مجال للكلام عن شيء من أحكام المضـــاربة فـــى القانون المدنى المصرى لسبب بسيط هو أن هذا القانون لم ينظم هذا العقد .

٤٧٣ - تنظـيم القانونـين العـراقى والتونسـى لعقـد المضاربـة :

وإذا كـــان القانون المدنى المصرى لم ينظم عقد المضاربة على ما نحـــو مـــا سلف القول ، بيد أن هناك تقنينات عربية أخرى قد تأثرت بالفقه الإســـلامى ، وجعلته مصدراً هاماً لها إلى جانب تأثرها بالفقه الغربى ، ومن هـــذه التقنيـــنات : التقنين المدنى العراقى رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م ، إذ راعى واضـــعوا هـــذا القانون أن تكون الشريعة الإسلامية هى المصدر الأول لـــه وخاصـــة مجلة الأحكام العدلية التى كانت مطبقة فى العراق قبل صدور هذا القانون .

وقد كان من نتائج تأثر هذا القانون بالفقه الإسلامى أن أخذ منه عقد المضاربة ، وأدرجه ضمن العقود المسماة الواقعة على الملكية ، كنوع خاص من أنواع الشركات ، وخصصت له ست عشرة مادة ، وذلك من المادة ٦٦٠ حتى المادة ٦٧٥ . (١)

---

(١) طـــه نـــورى الملاحويـــش : مـــرجع ســـبق ذكره ص ٣٩ ، ٤٠ ، أ.د عبد العظيم شرف الدين : مرجع سبق ذكره ص ١٥٥ وما بعدها .

إلى جانب القانون المدنى العراقى يوجد القانون المدنى التونسى ، أو مجلة الالتزامات والعقود التونسية الصادرة فى ٢٨ شوال سنة ١٣٢٤هـ ــ الموافق ١٥ ديسمبر سنة ١٩٠٦م فقد نظم هذا القانون ــ أيضاً ــ عقد المضاربة ، وذلك فى المقالة الثامنة من الكتاب الثانى الذى يتناول العقود وشبهها ، وذلك فى المواد من ١١٩٥ إلى ١٢٢٥. [١]

وعلى ذلك فسيقتصر الكلام هاهنا على حكم المضاربة بالدين فى القانونين العراقى والتونسى ؛ لأنهما القانونان اللذان نظما ــ فيما أعلم ــ عقد المضاربة .

٤٧٤- **أولاً : حكم المضاربة بالدين فى القانون المدنى العراقى :**

اشترط القانون المدنى العراقى صراحة ألا يكون رأس مال المضاربة ديناً فى الذمة ، وذلك فى الفقرة (ب) من المادة ٦٦١ منه التى تنص على أنه : " (أ) يشترط فى المضاربة .... (ب) أن يكون رأس المال من النقود ، وألا يكون ديناً فى الذمة ، وأن يكون معلوماً ، وأن يسلم إلى المضارب " .

فيتضح من هذا النص أن القانون المدنى العراقى ينص صراحة على أن رأس مال المضاربة لا يصح أن يكون ديناً فى الذمة ، يستوى فى ذلك أن يكون الدين فى ذمة العامل ، أو فى ذمة الغير ، وذلك لأن نص المادة ٦٦١ /ب قد جاء عاماً فيبقى على عمومه . [٢]

٤٧٥- **ثانياً : حكم المضاربة بالدين فى القانون المدنى التونسى :**

يفرق القانون المدنى التونسى بين القراض بدين على العامل ، وبين القراض بدين على غير العامل :

فإذا كان القراض بدين على العامل ، فإن القانون المدنى التونسى لا يجيز ذلك وهذا ما نصت عليه المادة ١١٩٨ بقولها : " يتم عقد القراض بتراضى المتعاقدين على أهم شروطه ، وبتسليم المال إلى العامل ، ومتى

---

(١) مجلة الالتزامات والعقود التونسية ص ٣٤٨ .

(٢) طه نورى الملاحويش : فى رسالته السابقة ص ١٨٠ .

شـــاء أحدهما حل العقد قبل تسليم المال جاز لـــه ، وهذا التسليم يتم بمجرد الرضا إن كان المال بيد العامل بوجه آخر ليس بدين فى ذمته " .

أمـــا إذا كـــان القراض بدين على غير العامل فإنه يجوز ، وهذا ما نصـــت عليه المادة ١١٩٦ من القانون المدنى التونسى بقولها : " يجوز أن يكون مال القراض نقداً ، أو بضاعة ، أو غير ذلك من الأشياء المنقولة ، أو ديناً على الغير " [١] .

٤٧٦ – المقارنـة بيـن الفقـه الإسـلامى والقـانون المـدنى

بالـــنظر إلى موقف كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى فى حكم المضاربة بالديون يتضح ما يأتى :

١) لم ينظم القانون المدنى المصرى عقد المضاربة ، بعكس الفقه الإسلامى فإنه نظم أحكام هذا العقد تنظيماً دقيقاً ، ووضع له من الأحكام ما يكفل له أن يكـــون مـــن العقود الاستثمارية الهامة ، وتناول ضمن ما تناول من أحكامه المضاربة بالدين ، وبهذا يظهر تفوق الفقه الإسلامى على القانون المدنى المصرى فى هذا الشأن ، لذلك نناشد المشرع الوضعى أن يدرج عقـــد المضاربة ضمن العقود المسماة فى القانون المدنى حتى يمكن أن يعالج هذا القصور .

٢) هـــناك بعض التقنينات العربية التى تأثرت بالفقه الإسلامى ونظمت عقد المضـــاربة وذلـــك كالقانون المدنى العراقى ، والقانون المدنى التونسى (مجلة الالتزامات والعقود التونسية) ، بيد أن القانون المدنى العراقى لا يجـــيز المضـــاربة بالدين مطلقاً ، سواء كانت هذه المضاربة بدين على العـــامل ، أو كانت بدين على غير العامل ، أما مجلة الالتزامات والعقود التونســـية فإنهـــا لا تجيز المضاربة بدين على العامل بينما تجيزها بدين على غير العامل .

---

(١) يـــنظر: نـــص المادتيـــن ١١٩٦ ، ١١٩٨ مـــن القـــانون المدنى التونسى فى مجلة الالتزامات والعقود التونسية ص ٣٤٨ .

الباب الثالث

التصرف فى الديون من قبل الدائن بغير معاوضة فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

ويشتمل على فصلين :

الفصل الأول : التصرف فى الديون بالإبراء منها فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الفصل الثانى : التصرف فى الديون بالهبة والوصية فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى .

الفصل الأول

التصرف فى الديون بالإبراء منها فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

ويشتمل علي ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : بيان حقيقة الإبراء فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المبحث الثانى : شروط الإبراء من الدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المبحث الثالث : آثار الإبراء من الدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المبحث الأول

بيان حقيقة الإبراء فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٤٧٧- ويشتمل على مطلبين :

المطلب الأول : تعريف الإبراء وبيان مشروعيته فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المطلب الثانى : طبيعة الإبراء فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المطلب الأول

تعريف الإبراء وبيان مشروعيته فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٤٧٨- ويشتمل على فرعين :

الفرع الأول : تعريف الإبراء فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الفرع الثانى : بيان مشروعية الإبراء فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الفرع الأول

تعريف الإبراء فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٤٧٩ – ويشتمل على غصنين :

الغصن الأول : تعريف الإبراء فى الفقه الإسلامى .

الغصن الثانى : تعريف الإبراء فى القانون المدنى

* المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى

الغصن الأول

تعريف الإبراء فى الفقه الإسلامى

٤٨٠– **أولاً** : **معنى الإبراء فى اللغة** :

تأتى مادة (برئ) – التى اشتق منها الإبراء – فى اللغة بعدة معان :

- فقد تأتى بمعنى الإسقاط ، والخلاص ، يقال : برئ زيد من دينه ، أى : سقط عنه طلبه [(١)] ، وأبرأ فلان فلاناً من حق له عليه ، أى : خلصه منه . [(٢)]
- كما قد تأتى بمعنى المفارقة والمباعدة ، يقال : بارأ الرجل شريكه ، أى : فارقه ، وبارأ الرجل زوجته ، أى : فارقها [(٣)] ، وتبرأ فلان من فلان ، أى : تخلص منه ، وتخلى عنه [(٤)] ، ومنه قول الله تعالى : ﴿ إِذْ تَبَرَّأَ الَّذِينَ اتُّبِعُوا مِنَ الَّذِينَ اتَّبَعُوا﴾ [(٥)] أى : تخلوا عنهم .
- وقد تأتى – أيضاً – بمعنى الشفاء ، يقال : أبرأ الله المريض ، أى : شفاه ، وبرئ المريض : شفى وتخلص مما به . [(٦)]

---

(١) المصباح المنير جـ ١ ص ٤٧ .

(٢) المعجم الوسيط جـ ١ ص ٤٥ .

(٣) مختار الصحاح : ص ٤٥ .

(٤) المعجم الوسيط : الموضع نفسه .

(٥) سورة البقرة من الآية رقم ١٦٦ .

(٦) المعجم الوسيط جـ ١ ص ٤٥ ، المعجم الوجيز : ص ٤٢ .

٤٨١- **ثانياً : تعريف الإبراء فى الفقه الإسلامى**

عرف صاحب البحر الزخار الإبراء بأنه : " إسقاط ما فى الذمة من حق أو دين " (١) وعرف صاحب اللمعة الدمشقية بأنه : " إسقاط ما فى ذمة الغير من الحق " (٢) .

وقريب من هذا ما عرفه به بعض الفقهاء المحدثين ، إذ عرفه بعضهم بأنه : " إسقاط شخص ماله من حق قبل الآخر " . (٣)

وعرف أيضاً بأنه : " إسقاط الدين عن المدين ، أى : إخلاء ذمته منه ... " (٤) .

ويلاحظ على التعريفات السابقة أنها عبرت عن الإبراء بأنه إسقاط ، ولا غضاضة فى ذلك ، ذلك أن الإبراء ما هو إلا نوع من أنواع الإسقاط ، وصورة من صوره إلا أنه يتميز عن بقية صور الإسقاط الأخرى بأن الشىء الذى يسقطه المبرئ يجب ـ دائماً ـ أن يكون حقاً ثابتاً فى ذمة المبرأ ، أما الإسقاط بالمعنى الواسع فقد يرد على حق ثابت فى ذمة شخص آخر كالإبراء ، وقد يرد على غير ذلك ، كأن يرد على حق ثابت بالشرع لم تشغل به الذمة ، كإسقاط الشفيع حقه فى الشفعة ، وعلى ذلك يكون الإبراء أخص من الإسقاط ، بحيث يمكن القول : إن كل إبراء إسقاط وليس كل إسقاط إبراء . (٥)

---

(١) البحر الزخار جـ ٥ ص ٩٦ .

(٢) اللمعة الدمشقية جـ ٣ ص ١٩٣ ، وأيضاً : شرائع الإسلام جـ ٢ ، ص٢٢٩ .

(٣) الشيخ محمد زكريا البرديسى : التصرف الإسقاطى ـ وهو بحث منشور فى مجلة إدارة قضايا الحكومة السنة الثانية عشرة العدد الثالث يوليو / سبتمبر ١٩٦٨م ص ٥٧٧ .

(٤) الشيخ أحمد إبراهيم : التزام التبرعات ـ بحث بمجلة القانون والاقتصاد العدد الثانى السنة الثالثة ـ شوال ١٣٥١هـ ١٩٣٣م ص ٢٣٩ .

(٥) أستاذنا الدكتور عبد الرازق حسن فرج : الإبراء من الالتزام فقرة ٦ ص ١٥ . الطبعة الأولى سنة ١٣٩٦هـ ١٩٧٦م ، أ.د بدر جاسم اليعقوب : الإبراء أعقد هو أم تصرف بإرادة منفردة وهو بحث منشور فى مجلة

٤٨٢- **ثالثاً : العلاقة بين المعنى اللغوى والمعنى الشرعى :**

إذا نظرنا إلى معنى الإبراء فى كل من اللغة ، واصطلاح الفقهاء لوجدنا أن هناك علاقة وثيقة بينهما ، وذلك لأن الدائن إذا أبرأ المدين من الدين فقد أسقطه عنه ، وخلصه منه ، وفارقه كما أن المدين إذا برئ من الدين فكأنه قد شفى ، لأن الدين كالمرض فى وطأته على الإنسان ، بل قد يكون فى بعض الحالات أشد وطأة منه . (١)

الفصل الثانى

تعريف الإبراء فى القانون المدنى

٤٨٣ - يعد الإبراء طريقاً من طرق انقضاء الالتزام دون الوفاء به عملاً بنص المادة ٣٧١مدنى التى تنص على أنه : " ينقضى الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً .. " ولم يرد فى التقنين المدنى الحالى تعريف للإبراء ، لذلك فقد عرفه بعض الفقه بأنه : تصرف قانونى يقصد به القضاء على الالتزام عن طريق نزول الدائن عن حقه كله أو بعضه قبل المدين ، دون أن

--- الحقوق الكويتية ـ السنة السابعة ـ العدد الثانى رمضان سنة ١٤٠٣ هـ يونيو ١٩٨٣م ص ٤٥ ، الدكتور ربيع درديـر محمد : النظرية العامة للإبراء فى الفقه الإسلامى ص ١٤ - ١٥ ، وهو رسالة دكتوراه من كلية الحقوق جامعة أسيوط طبعة سنة ١٩٩٢م - ١٩٩٣م .

(١) ومما يشهد لذلك كثرة استعاذة رسول الله ﷺ من الدين ، كمثل ما روى عن أبى سعيد الخدرى ـ رضى الله عنه ـ أنه سمع رسول الله ﷺ يقول : (أعوذ بالله من الكفر والدين ، فقال رجل يا رسول الله : أيعدل الدين بالكفر ؟ فقال رسول الله ﷺ : نعم) ينظر : صحيح مسلم جـ ١٠ ص ١٢٢ حديث رقم ١١٢٧٢ ، السنن الكبرى للنسائى ـ كتاب الاستعاذة ـ باب الاستعاذة من الدين جـ ٤ ص ٤٥٣ حديث رقم ٧٩٠٨ ، وكمثل ما روى عن عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ كان يدعو بهؤلاء الكلمات : اللهم إنى أعوذ بك من غلبة الدين ، وغلبة العدو ، وشماتة الأعداء ... سنن النسائى جـ ٤ ص ٤٥٦ رقم ٧٩٢٤ .

يقتضى منه أو من غيره ما يعوضه عن هذا الحق . [١]

وبناء على هذا التعريف فإن الدائن ينزل عن حقه للمدين دون مقابل، وبالتالى فهو يتم بإرادة الدائن وحده ، إذ هو تصرف إنفرادى ، وليس اتفاقاً ، وبذلك يكون المشرع الوضعى فى التقنين المدنى الحالى قد عدل عن التكييف التقليدى الذى كان سائداً فى القانون المدنى القديم ، والقانون المدنى الفرنسى والذى كان يقرر أن الإبراء اتفاق بين الدائن والمدين . [٢]

٤٨٤- **المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى** :

إذا نظرنا إلى معنى الإبراء فى كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى لما وجدنا خلافاً يذكر بينهما ، فهو فى كلا النظامين تصرف يقصد به نزول الدائن عن حقه قبل المدين دون عوض .

الفرع الثانى

بيان مشروعية الإبراء فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٤٨٥- ويشتمل على غصنين :

الغصن الأول : مشروعية الإبراء فى الفقه الإسلامى.

الغصن الثانى : مشروعية الإبراء فى القانون المدنى.

* المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

---

(١) ينظر فى هذا المعنى : أ.د عبد الحى حجازى : النظرية العامة للالتزام ، الجزء الثانى أحكام الالتزام : فقرة ٢٢١ ص ١٥٦ ــ طبعة مطابع دار الكتاب بمصر بدون تاريخ ، أ.د عبد الفتاح عبد الباقى : دروس فى أحكام الالتزام ــ مرجع سبق ذكره : فقرة ٢٥٠ ص ٢٦٨ ، أستاذنا الدكتور عبد الرزاق حسن فرج : المرجع السابق فقرة ١٤ ص ٢٠ ، أ.د محمد لبيب شنب : أحكام الالتزام ــ مرجع سبق ذكره فقرة ٢١٩ ص ٢٤٦ ، أ.د جلال محمد إبراهيم : انقضاء الالتزام ــ مرجع سبق كره فقرة ١٠٦ ص ١٨٧ .

(٢) أستاذنا الدكتور عبد لرازق حسن فرج ، مرجع سبق ذكره فقرة ١٤ ص ٢٠ ، ٢١ .

الفصل الأول
مشروعية الإبراء فى الفقه الإسلامى

٤٨٦ – الإبراء مشروع فى الفقه الإسلامى ، ومشروعيته ثابتة بالقرآن الكريم ، والسنة النبوية والإجماع :

٤٨٧ – ١– **دليل مشروعية الإبراء من القرآن الكريم** :

ويمكن أن يستدل على مشروعية الإبراء من القرآن الكريم بآيات كثيرة ، منها :

(أ) قول الله تعالى : **﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ من قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلاَّ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَن تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلاَ تَنسَوُا الفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾** [1] .

وجه الاستدلال من الآية : إن قول الله – تعالى – : **﴿ إِلاَّ أَن يَعْفُونَ ﴾** فيه دلالة على جواز إبراء الزوجة زوجها من مهرها ، وإسقاطه عنه [2] ، وقد أكد جل شانه هذا المعنى ، وحث عليه بقوله: **﴿ وَأَن تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى﴾ ...** ، فكان ذلك دليلاً على مشروعية الإبراء .

(ب) قول الله – تعالى – : **﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾** [3] .

وجه الاستدلال من الآية : إن الله – سبحانه وتعالى – قد أمر الدائن أن ينظر المدين إن كان معسراً إلى اليسار ، ثم ذكر جل شأنه بعد ذلك أن

---

(١) سورة البقرة الآية رقم ٢٣٧ .

(٢) أحكام القرآن لابن العربى جـ ١ ص ٢١٩ ، وفيه : (... الواجب لهن من الصداق أذن الله – تعالى – لهن فى إسقاطه بعد وجوبه ، إذ جعله خالص حقهن يتصرفن فيه بالإمضاء والإسقاط كيف شئن إذا ملكن أمر أنفسهن فى الأموال ورشدن) وأيضاً : الجامع لأحكام القرآن للقرطبى جـ ١ ص ١١١٨ ، أحكام القرآن للكياالهراسى جـ ١ ص ٢٠٧ طبعة دار الكتب الحديثة – بدون تاريخ .

(٣) سورة البقرة الآية رقم ٢٨٠ .

التصدق على المدين المعسر بإبرائه من دينه أفضل من إنظاره إلى الميسرة ، فكان ذلك دليلاً على مشروعية الإبراء . [1]

(ج) قـول الله ـ تعـالى ـ : ﴿ .... وَمَـن قَتَل مُؤْمناً خطئاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلاَّ أَن يَصَّدَّقُوا .... ﴾ [2] .

وجـه الاستدلال من الآية : أما وجه الاستدلال من هذه الآية فقد تولى بيانه الإمام أبو بكر الجصاص ، فقال : وقوله : ﴿ إِلاَّ أَن يَصَّدَّقُوا ﴾ قال أبو بكر : يعني ـ والله أعلم ـ إلا أن يبرئ أولياء القتيل من الدية ، فسمى الإبراء منها صدقة ، وفيه دليل على أن من كان له على آخر دين فقال : قد تصدقت به عليك أن ذلك براءة صحيحة " . [3]

٤٨٨ - ٢ - **دليل مشروعية الإبراء من السنة النبوية** :

يمكـن أن يستدل على مشروعية الإبراء من السنة النبوية بأحاديث كثيرة منها :

(أ) مـا روى أبو سعيد الخدرى ـ رضى الله عنه ـ قال : أصيب رجل فى عهـد رسول الله ﷺ فى ثمار ابتاعها فكثر دينه ، فقال رسول الله ﷺ : (تصدقوا عليه) . [4]

---

(١) أحكـام القـرآن لابـن العـربى جـ ١ ص ٢٤٦ ، وأيضاً : فتح القدير الجامع بيـن فـنى الـرواية والدرايـة من علم التفسير جـ ١ ص ٩٨ ، وفيه : (قوله : ﴿ وأن تصـدقوا ﴾ أى : وأن تصـدقوا علـى معسـرى غـرمائكم بالإبراء خير لكـم ، وفـيه الترغيـب لهـم بـأن يتصـدقوا برؤوس أموالهم على من أعسر ، وجعل ذلك خيراً من إنظاره قاله السدى ، وابن زيد ، والضحاك ..) .

(٢) سورة النساء من الآية رقم ٩٢ .

(٣) أحكـام القـرآن للجصـاص جـ ٢ ص ٢٢٧ ، وأيضـاً : الجامع لأحكام القرآن للقرطـبى جـ ٢ ص ١٩٨٥ وفـيه : (إلا أن يصـدقوا ... يعنى : إلا أن يبرئ الأولياء ورثة المقتول القاتلين مما أوجب الله لهم من الدية عليهم ..) .

(٤) أخـرجه مسـلم فـى صـحيحه : يـنظر مسـلم بشـرح النووى : كتاب المساقاة والمـزارعة ـ بـاب وضـع الجوائـح والنسـائى فـى سننه : كتاب البيوع باب وضـع الجوائـح جـ ٤ ص ١٩ حديـث رقـم ٦١٢١ ، وابن ماجة فى سننه : كـتاب الأحكـام ـ بـاب تفلـيس المعـدم والبيع عليه لغرمائه جـ ٢ ص ٧٨٩ حديث رقم ٢٣٥٦ ، وأحمد فى مسنده جـ ١٠ ص ١١٧ .

وجـــه الاســـتدلال مـــن الحـــديث : إن قول النبى ﷺ : (تصدقوا عليه) فيه دعوة إلى إبراء الشخص الذى أصيب فى ثمار إبقاعها ، فدل ذلك على جواز الإبراء .

(ب) ما روى عبد الله بن كعب بن مالك عن كعب أنه تقاضى ابن أبى حدرد ديناً كان له عليه فى المسجد ، فارتفعت أصواتهما حتى سمعها رسول الله ﷺ وهـــو فى بيته فخرج إليهما حتى كشف سجف حجرته ، فنادى : يا كعب ، قـــال : لبـــيك يـــا رسول الله ، قال : (ضع من دينك هكذا وأومأ إليه أى : الشطر) قال : لقد فعلت يا رسول الله ، قال : (قم فاقضه) .[1]

وجـــه الاســـتدلال من الحديث : إن رسول الله ﷺ قد أمر كعب بن مالك أن يـــبرئ مدينه من نصف دينه ، فدل ذلك على مشروعية الإبراء ، لأنه لو لم يكن مشروعاً لما أمر به رسول الله ﷺ لكنه ﷺ أمر به فكان ذلك دليلاً على مشروعيته .

(ج) ما روى عن أبى هريرة ــ رضى الله عنه ــ قال : قال رسول الله ﷺ : (من أنظر معسراً ، أو وضع له ، أظله الله يوم القيامة تحت عرشه يوم لا ظل إلا ظله) .[2]

وجـــه الاســـتدلال مـــن الحـــديث : إن رسول الله ﷺ قد أخبر أن من أبرأ مديـــنه من الدين أظله الله تحت عرشه يوم القيامة ، وهذا الثواب العظيم لا يكـــون إلا علـــى فعل أمر مشروع ، بل مندوب ، فدل ذلك على مشروعية الإبراء .

(د) ما روى عن ابن مسعود ــ رضى الله عنه ــ قال : قال رسول الله ﷺ

---

(١) هـــذا الحديـــث مـــتفق علـــيه واللفـــظ للبخارى : ينظر : صحيح البخارى : كتاب الصـــلاة ــ بـــاب التقاضـــى والملازمـــة فى المسجد جـــ ١ ص ١٦٠ حديث رقم ٤٥٧ ، صـــحيح مســـلم بشـــرح الـــنووى : كـــتاب المســـاقاة ــ بـــاب استحباب الوضع من الدين جـــ ١٠ ص ٢٢٠ .

(٢) ســـنن الـــترمذى ــ كـــتاب البـــيوع ــ بـــاب ما جاء فى إنظار المعسر والرفق به جـــ ٣ ص ٥٩٠ حديـــث رقـــم ١٣٠٦ ، وقـــال أبو عيسى : حديث أبى هريرة حديث حسن صحيح ...) .

: (حوسب رجل ممن كان قبلكم ، فلم يوجد له من الخير شيء إلا أنه كان رجلا موسراً وكان يخالط الناس ، فكان يأمر غلمانه أن يتجاوزوا عن المعسر ، فقال الله – عز وجل – نحن أحق بذلك منه ، تجاوزوا عنه)[1] .

وجه الاستدلال من الحديث : إن الله – سبحانه وتعالى – قد غفر ذنوب الرجل الذى يبرئ مدينه المعسر ، وتجاوز عنه ، وهذا الثواب العظيم لا يكون إلا على فعل شيء محبب إلى الله تعالى .

وهذا الحديث وإن كان وارداً فى شرع من قبلنا ، إلا أن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد لنا فى شرعنا ما يخالفه [2] ، ولم يرد فى شرعنا الإسلامى ما يخالف ذلك ، بل الأدلة التى سبق ذكرها من القرآن الكريم ، والسنة النبوية تؤيده وتعضده ، فيكون دالاً على المطلوب .

٤٨٩ – ٣- دليل مشروعية الإبراء من الإجماع :

أجمع العلماء على أن الصدقة على المعسر بالإبراء خير من إنظاره بالإمهال ، ولم يخالف فى ذلك أحد ، وقد حكى هذا الإجماع ابن العربى حيث قال : (قال علماؤنا : الصدقة على المعسر قربة ، وذلك أفضل عند الله من إنظاره إلى الميسرة وهذا مما لا خلاف فيه ..) [3] .

وإذا كان العلماء قد أجمعوا على أن الإبراء أفضل من الإنظار الواجب ، فلأن يجمعوا على مشروعيته أولى .

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووى – كتاب المساقاة باب فضل إنظار المعسر والتجاوز عنه جـ ١٠ ص ٢٢٦ ، سنن الترمذى : كتاب البيوع – باب ما جاء فى إنظار المعسر والرفق به جـ ٣ ص ٥٩٠ ، ٥٩١ رقم ١٣٠٧ وقال أبو عيسى : هذا حديث حسن صحيح .

(٢) أصول السرخسى جـ٢ ص ٩٩ طبعة دار المعرفة بيروت – وفيه : (وأصح الأقاويل عندنا أن ما ثبت بكتاب الله أنه كان شريعة من قبلنا أو ببيان من رسول الله ﷺ فإن علينا العمل به على أنه شريعة لنبينا – عليه السلام – ما لم يظهر ناسخه) .

(٣) أحكام القرآن لابن العربى جـ ١ ص ٢٤٦ .

الفصل الثانى

مشروعية الإبراء فى القانون المدنى

٤٩٠ – نظم القانون المدنى المصرى الإبراء فى المادتين ٣٧١ ، ٣٧٢ منه ، وذلك فى الفصل الثالث [١] فى الباب الخامس [٢] من الكتاب الأول [٣] ، وجعله سبباً من أسباب انقضاء الالتزام دون الوفاء به ، شأنه فى ذلك شأن استحالة التنفيذ ، والتقادم المسقط [٤] ، كما نظم القانون المدنى ــ أيضاً فى المواد من ٢٨٩ : ٢٩١ منه حالة خاصة من حالات الإبراء ، وهى حالة إبراء أحد المدينين المتضامنين سواء كان هذا الإبراء من الدين ، أو من التضامن [٥]، كل هذا يدل على مشروعية الإبراء فى القانون المدنى .

٤٩١ – **المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى** :

بعد بيان مشروعية الإبراء فى كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى يتضح اتفاقهما فى ذلك ، وأن الإبراء مشروع فى كل منهما .

المطلب الثانى

طبيعة الإبراء فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٤٩٢- ويشتمل على فرعين :

الفرع الأول : طبيعة الإبراء فى الفقه الإسلامى .

الفرع الثانى : طبيعة الإبراء فى القانون المدنى .

* المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

---

(١) الخاص بانقضاء الالتزام دون الوفاء به .

(٢) الخاص بانقضاء الالتزام

(٣) الخاص بالالتزامات بوجه عام .

(٤) أ.د السنهورى جـ ٣ فقرة ٥٧٥ ص ٩٦١ ، أ.د جلال محمد إبراهيم : المرجع السابق : فقرة ١٠٤ ص ١٨٥ .

(٥) أ.د السنهورى جـ ٣ فقرة ١٩٣ ، أ . د عبد الفتاح عبد الباقى مرجع سبق ذكره فقرة ١٤٩ صـ ١٨٢ ط- ١٨٣ ، أ . د عبد القادر القار : أحكام الالتزام . مرجع سبق ذكره صـ ١٨٠ وما بعدها .

الفــرع الأول

طبيعــة الإبـــراء فــى الفقــه الإســـلامى

٤٩٣- يعد الإبراء فى الفقه الإسلامى نوعاً من التبرع والإحسان الذى حض القــرآن الكــريم ، والسنة النبوية على فعله (١) ، كما سبق بيانه (٢) ، ولكن التســاؤل الــذى يجب طرحه الآن هو : هل يعد الإبراء تصرفاً صادراً من جانبيــن فيفــتقر إلى إيجاب وقبول ، أم أنه يعد تصرفاً انفرادياً صادراً من جانب واحد ، فلا يتوقف على القبول ، ويتم بالإيجاب وحده ؟؟

٤٩٤- **آراء الفقهاء فى هـذا الموضــوع** :

وللإجابــة عــن هــذا التساؤل ، أقول : اختلف الفقهاء فيما إذا كان الإبــراء يعد تصرفاً صادراً من جانبين بحيث يحتاج إلى إيجاب وقبول ، أم أنه تصرف من جانب واحد يتم بإيجاب من قبل الدائن ، ولا يفتقر إلى قبول من المدين ، أقول : اختلف الفقهاء فى ذلك إلى ثلاثة آراء .

٤٩٥- **الــرأى الأول** : وهــو مــا ذهــب إلــيه جمهــور المالكــية (٣)

---

(١) أ. د سـبحى محمصــانى : الــنظرية العامــة للموجــبات والعقود ــ مرجع سبق ذكــره جــ ٢ ص ٣٠٦ ، أســتاذنا الدكــتور عــبد الرازق حسن فرج : مرجع سبق ذكره : فقرة ٣٢ ص ٥١ .

(٢) يراجع آنفاً : فقرة ٤٨٦ وما بعدها من هذه الرسالة .

(٣) الفــروق للقــرافى جــ ٢ ص ١١١ وفــيه : (.. فظاهر المدهب اشتراط القبول ...) شــرح الــزرقانى علــى مختصــر خلــيل ــ فى الهبة ــ وفيه : (والإبراء مــن قبــيل الهــبة فلابــد مــن قبولــه، حاشية البنانى على شرح الزرقانى وهى مطــبوعة بهــامش الشــرح المذكــور : الصــفحة نفسها ، الشرح الكبير للدردير ــ فــى الهــبة جــ ٤ ص ٩٩ وفــيه : (... فلابــد من قبوله لأن الإبراء يحتاج إلى قبول ...) .

غــير أنــه قــد جــاء فــى حاشــية الدسوقى عبارة تخالف ما سبق ذكره من أن الإبــراء يحــتاج إلــى قــبول المدين ، فقد جاء فى باب الصلح جــ ٣ ص ٣١٠ تعلــيقاً علــى قــول الدرديــر : (والصلح على أخذ بعض المدعى به هبة للبعض المــتروك وإبــراء مــنه) أقــول : قــال الدسوقى تعليقاً على ذلك : (ليس المراد بالهــبة حقيقــتها حــتى يحــتاج فــيها للقــبول من المدعى عليه قبل موت الواهب الــذى هــو المدعــى، بــل المراد بها الإبراء ، وحينئذ فلا يشترط قبول ... ===

والشافعية فى وجه عندهم [١] ، وهو قول عند الحنابلة [٢] ، وأحد قولى المؤيد بالله [٣] من الزيدية [٤] ، وهو قول عند الإمامية [٥] ويرون أن الإبراء تصرف صادر من جانبين ، أى : اتفاق بين الدائن والمدين يتم بإيجاب من الدائن وقبول من المدين ، وذلك لأن الإبراء من باب التمليك كالهبة والصدقة ، فهو تمليك الدين الذى فى ذمة المدين له ، ومن المقرر أنه لا يملك أحد أن يدخل فى ملك غيره شيئاً بدون رضاه ، خاصة وأن الإبراء قد يكون فيه منة لا يرضاها المدين على نفسه [٦] ، ولذا اشترط قبول لتمام

--- فإذا أبرأت زيداً مما عليه صح ، وإن لم يقبل ، خلافاً لما فى خش – أى الخرشى – من ان الإبراء يحتاج لقبول ... أهـ) فهذا الكلام من الدسوقى يدل على أنه لا يشترط القبول ، وهو خلاف ما سبق نقله عن علماء المذهب ، ولقد برر البعض ذلك بقوله : (ولعل هذه العبارة خاصة بباب الصلح الذى جاءت بمناسبته) ينظر : أ.د بدر جاسم اليعقوب : المرجع السابق ص ٤٨ هامش ١ ، الموسوعة الكويتية جـ ١ ص ١٥١ هامش ٢ .

(١) التهذيب للبغوى – باب الهبات جـ ٤ ص ٥٢٩ وفيه : (وذكر ابن سريج وجهاً أنه يشترط القبول كالهبة والوصية) العزيز شرح الوجيز جـ ٦ ص ٣١٧، روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٧٤ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٧٩.

(٢) الفروع جـ ٤ ص ١٩٤ ، الإنصاف جـ ٧ ص ١٢٧ ، وفيه : (وقيل : يشترط القبول) .

(٣) **المؤيد بالله** : هو أحمد بن الحسين بن هارون الأقطع ، من أبناء زيد بن الحسن العلوى ، إمام زيدى من أهل طبرستان ، مولده بها فى آمل ، بويع له بالخلافة سنة ٣٨٠هـ ، ولقب بالسيد (المؤيد بالله) وكان غزير العلم ، له مؤلفات فى الفقه ، والكلام ، منها : (الأمالى) ، و(التجريد) فى علم الأثر وشرحه فى أربعة مجلدات ، توفى سنة ٤٢١هـ ، وقيل سنة ٤١١هـ ، ينظر : الأعلام جـ ١ ص ١١٦ ، معجم المؤلفين جـ ١ ص ٢٠٩ .

(٤) البحر الزخار جـ ٤ ص ٩٦ وفيه : (قم – أى : أحد قولى المؤيد– بل تمليك ، إذ يبطل بالرد) .

(٥) جواهر الكلام جـ ٢٨ ص ١٦٥ ، الحدائق الناضرة جـ ٢٢ ص ٣٠٨ – ٣٠٩ .

(٦) تهذيب الفروق جـ ٢ ص ٢٣ وفيه : (.... على أن المنة فى الإبراء قد تعظم . وهى تضر بذوى المروآت والأنفات ، لاسيما من السفلة ، فجعل صاحب الشرع لهم قبول ذلك ، أورده نفياً للضرر الحاصل من المنن من غير أهلها ، أو من غير حاجة) وأيضاً : الفروق جـ ٢ ص ١١١ .

الإبراء [1] .

ويرى أصحاب هذا الرأى أن الإيجاب بالإبراء يرتد بالرد ، فيبطل الإيجاب برد المدين لغلبة معنى التمليك فيه [2] ، ومعنى ذلك أنه إذا أبرأ الدائن مدينه ، كان لهذا الأخير أن يرده ومن ثم يسقط الإيجاب الموجه إليه . [3]

496- **الرأى الثانى** : وهو ما ذهب إليه الشافعية فى المذهب [4] ، وجمهور الحنابلة[5] وأشهب من المالكية [6] ، وجمهور الزيدية [7] ، والإمامية فى

---

(1) الشيخ محمد زكريا البرديس : فى بحثه السابق : ص 581 ، أستاذنا الدكتور عبد الرازق حسن فرج : مرجع سبق ذكره فقرة 32 ص 54 ، أ.د بدر جاسم اليعقوب : فى بحثه السابق فقرة 6 ص 48 .

(2) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه جـ 4 ص 99 .

(3) أستاذنا الدكتور عبد الرازق حسن فرج : الموضع نفسه ، أ.د بدر جاسم اليعقوب : الموضع نفسه .

(4) التهذيب للبغوى جـ 4 ص 529 فى معرض كلامه عن هبة الدين للمدين ، وفيه : (... وهو إبراء ثم إن أسقطه بلفظ الإبراء أسقط من غير قبول ممن عليه ، هذا هو المذهب ، لأنه محض إسقاط لا تمليك فيه ، كالعتق والطلاق والعفو عن القصاص يصح من غير قبول) وأيضا : العزيز شرح الوجيز جـ 6 ص 317 ، روضة الطالبين جـ 5 ص 374 ، الأشباه والنظائر للسيوطى ص 171 تحت عنوان : الإبراء هل هو اسقاط أو تمليك ؟ مغنى المحتاج فى الهبة جـ 2 ص 400 وفيه : (وهبة الدين للمدين إبراء له منه لا يحتاج قبولا ..) .

(5) الإنصاف للمرداوى ــ فى الهبة جـ 7 ص 127 وفيه : (اعلم أنه إذا أبرأه من دينه ... وكان المبرئ والمبرأ يعلمان الدين صح ذلك ، وبرئ ، وإن رده ولم يقبله على الصحيح فى المذهب . نص عليه ، وعليه جماهير الأصحاب ...) وأيضا : المغنى لابن قدامة جـ 6 ص 289 مسألة رقم 4452 ، المبدع جـ 5 ص 365 .

(6) شرح منح الجليل جـ 4 ص 86 ، وفيه : (... وظاهره أنه لا يحتاج إلى قبول ، وهو قول أشهب) .

(7) التاج المذهب جـ 4 ص 175 ، وفيه (... أما الإبراء عن الدين فهو إسقاط الدين .. وليس بتمليك فلا يعتبر فيه القبول ، البحر الزخار جـ 5 ص 96 ، وفيه (مسألة : (هـ قم) ــ أى الهادى وأحد قولى المؤيد ــ وهو اسقاط للدين لا تمليك ، إذ لا يفتقر إلى قبول) .

المشــــهور عـــندهم (١) ، ويرون أن الإبراء تصرف من جانب واحد ، يرتب أثــره بإرادة الدائن وحده ، دون حاجة إلى قبول المدين وذلك على أساس أن الإبراء إسقاط للحق ، كالشفعة والقصاص ، والخيار والطلاق ، وليس تمليكاً لعيــن كالهبة ، والإسقاطات لا تحتاج إلى قبول ، لأنها إنهاء للحق ، وليست نقلاً له من مالك إلى آخر .(٢)

ويــرى أصـــحاب هذا الرأى أنه لما كان الإبراء إسقاطاً يتم بإرادة الدائن المنفردة فإنه لا يرتد بالرد، وذلك لأن الالتزام بعد أن ينقضى لا يعود.

٤٩٧- **الـــرأى الثـالـث** : وهـــو مـــا ذهب إليه الحنفية (٣) ، ويسلكون مسلكاً وســطاً بين الرأيين السابقين ، فهم ـــ من ناحية ـــ يرون أن الإبراء تصرف من جانب واحد هو جانب الدائن ، ولا يفتقر إلى قبول من جهة المدين (٤) ؛

---

(١) الحدائــق الناضـــرة جــــ ٢٢ ص ٣٠٨ ، وفــيه : (... إن الأصحاب قد اختلفوا فـــى أن الإبـــراء هـــل يـــتوقف صـــحته علـــى القبول أم لا ؟ ... والمشهور بين الأصحاب العدم ...) وأيضاً : جواهر الكلام جــ ٢٨ ص ١٦٥ .

(٢) أ.د محمد زكى عبد البر : التصرفات الشرعية الانفرادية فى الفقه الإسلامى ـــ وهو بحــث منشــور فى مجلة إدارة قضايا الحكومة ـــ السنة التاسعة العدد الأول يناير / مارس سنة ١٩٦٥ ص ٧٨ ، أستاذنا الدكتور عبد الرازق حسن فرج : مرجع سبق ذكره : فقرة ٤٢ ص ٥٥ ، أ.د بدر جاسم اليعقوب : بحثه السابق فقرة ٧ ص ٤٩ .

(٣) جـــامع الفصولين جــ ٢ ص ١٥٦ ، وفيه : (إبراؤه المديون من دينه ... يصح بلا قبوله ، ويرتد برده ..) وأيضاً : العناية على الهداية ... فى الهبة جــ ٧ ص ٥١٣ ، والبـــناية على الهداية جــ ٧ ص ٨٥٨ ، مجمع الأنهر جــ ٢ ص ٢٦٧ ، وفيه : (وهـــبة الديـــن ممن عليه الدين ، وإبراؤه منه يتم من غير قبول) الفتاوى الهندية جــ ٤ ص ٣٨٤ .

(٤) وإذا كـــان الأصـــل عـــند الحنفـــية أن الإبـــراء يتم بالإرادة المنفردة للدائن ، دون أن يـــتوقف علـــى قـــبول مـــن جهـــة المدين ، إلا أنهم قد استثنوا من هذه القاعدة بعـــض العقـــود الـــتى يشـــترط فيها القبض ، كالصرف ورأس مال السلم ، فقالوا بـــتوقف الإبـــراء فـــيها علـــى قـــبول المـــبرأ ، وذلك لأن قبض رأس المال شرط لصـــحة الصـــرف والســـلم ، ومـــن شـــأن الإبراء أن يفوت هذا القبض ، وفوات القـــبض يوجـــب نقـــض العقـــد وبطلانه ، ونقض العقد لا ينفرد به أحد المتعاقدين ، ولهـــذا توقـــف الإبـــراء ـــ هاهـــنا ـــ يـــنظر : الأشـــباه والـــنظائر لابن نجيم ص ٢٦٣ ، العـــناية علـــى الهدايـــة جــــ ٧ ص ٥١٤ ، البناية على الهداية جــ ٧ ص ٨٥٨ ، ٨٥٩ ، وفـــيه : (... قـــيل فـــى الفـــرق بيـــنهما أن إبـــراء بدل الصـــرف والســـلم يوجـــب انفســـاخ العقـــد ، لأنـــه يوجـــب فـــوات القبض ==

وذلك لأن للإبراء شبهاً بالإسقاطات كالطلاق والعتاق ، وهى لا تتوقف على قبول .

ومــن ناحية أخرى يرون أن الإبراء يرتد برد المدين له [1] لأن له

== المســتحق بــالعقد ، فلــم يــنفرد أحــد المتعاقديــن بــه ، فيتوقف على قبول الآخــر ، بخــلاف الإبـــراء عـــن سائر الديون ...) وأيضاً : الفتاوى الهندية جـــ ٤ ، ص٣٨٤ .

(١) وإذا كــان الحنفــية يــرون أن الإبــراء يــرتد برد المدين لــه ، إلا أنهم يستثنون بعــض المســائل قــالوا : إن الإبــراء لا يــرتد فــيها برد المدين ، وهذه المسائل هى :

(أ) إذا أبــرأ الدائــن الكفــيل ، فــرد الكفــيل الإبــراء لم يرتد برده ، وذلك لأن الكفالــة عقــد غــير لازم مــن جانب الدائن ، فيحق لــه أن ينفرد بفسخه ، ولأن المعــنى الــذى أعطــى المــبرأ مــن أجلــه الحق فى الرد وهو خوف المــنة غــير مــتحقق فــى الكفيل ، لأن الكفيل متبرع بالضمان ، فلا تلحقه منة بهذا الإبراء .

(ب) إذا أبــرأ المحــال لــــه المحال عليه ، فرد المحال عليه الإبراء ، فلا يكون الإبــراء مــردوداً ، لأن هــذا الإبــراء لا يتضمن التمليك ، وإنما هو إسقاط محض ، فلا يحتاج إلى قبول ، ولا يمكن رده .

(ج) إذا تقــدم علــى الإبــراء طلــب مــن المــبرأ ، بأن قال : أبرئنى ، فأبرأه ، فــرده ــ والحالــة هــذه ــ لا يــرتد ، وذلــك لأن احتمال دفع المنة قد زال برضائه الأول ، فلم يبق وجه للرد .

(د) إذا أبرأ شخص شخصاً ، فقبل الإبراء ، ثم رده لا يرتد .

(هـــ) إذا أبــرأ الدائــن مديــنه ، فســكت المدين ، ثم بعد انتهاء مجلس الإبراء عــاد المديــن ورد الإبــراء فــلا يــرتد . يــنظر فى تعداد هذه المسائل أو بعضــاً مــنها: الأشــباه والــنظائر لابــن نجيم : ص ٢٦٣ ، تبيين الحقائق جــــ ٤ ص ١٩٨ ، الفــتاوى الــبزازية جــــ ٣ ص ٢٣٤ بهــامش الجزء الســادس مــن الفــتاوى الهندية ، وأيضا : الفتاوى الهندية جـــ ٤ ص ٢٨٤ . وأيضــاً : المادتــان ٦٦٠ ، ١٥٦٨ ، مــن مجلــة الأحكــام العدلــية ، الدكــتور / صــبحى محمصــانى : المــرجع الســابق جــــ ٢ ص ٣٠٧ ، أســتاذنا الدكــتور عــبد الــرازق حسن فرج : المرجع السابق فقرة ٣٢ ص ٥٣ ، ٥٤ .

شـبهاً بالتمليكات [١] ، وعلى ذلك ، فلو قال الدائن للمدين : أبرأتك من الدين الـذى لى قبلك ، فسكت المدين ولم يرد برئت ذمته ، أما لو رد الإبراء بأن قال : لا أقبل الإبراء فلا تبرأ ذمته من الدين .

وعلى ذلك فرأى الحنفية فيه : (محاولة للتوفيق بين الرأى القائل بأن الإبراء إسقاط فقالوا: إنه يتم بإرادة واحدة ، وبين عدم جواز فرض منة على المدين ، فقالوا بجواز الرد ، لأنه ليس من المناسب ــ عندهم ــ أن يفرض الإبــراء على المدين فرضاً ، فقد يكون غير راغب فى هذا الإبراء ، أو قد يكــون فــيه تفضل من الدائن ، أو منة منه يأباها المدين ، أو قد يكون فيه مساس بكرامته...) [٢] .

٤٩٨ – منشأ الخلاف بين العلماء فى هذه المسألة :

ومنشــأ الخلاف بين العلماء فى هذه المسألة يرجع إلى اختلافهم فى أمر هام ، وهو هل الإبراء نقل وتمليك ، أم أنه إسقاط محض ، أم أنه مشتمل على الإسقاط والتمليك ؟

- فمن قال : إن الإبراء نقل وتمليك للدين ، قال : إنه يفتقر إلى قبول ويرتد برده ، وهم أصحاب الرأى الأول .
- ومن قال : إن الإبراء إسقاط محض ، قال : إنه لا يفتقر إلى قبول ، ولا يرتد برده من قبل المبرأ ، وهم أصحاب الرأى الثانى .
- ومــن قال إن الإبراء مشتمل على الإسقاط ، والتمليك معاً ، قال : إنه لا يــتوقف على قبول المدين ــ مراعاة لجانب الإسقاط ، ويرتد برد المدين له ــ مراعاة لجانب التمليك ــ وهم أصحاب الرأى الثالث . [٣]

---

(١) الأشــباه والــنظائر لابــن نجــيم ص ٢٦٣ ، العــناية علــى الهداية : جـ ٧ ص ٥١٣ ، وفــيه : (... الإبــراء تملــيك مــن وجه لارتداده بالرد ، إسقاط من وجه ، لأنه لا يتوقف على القبول) البناية على الهداية جـ ٧ ص ٨٥٨ .

(٢) أ.د بدر جاسم اليعقوب : فى بحثه السابق : فقرة ٨ ص ٥٠ .

(٣) الفــروق للقــرافى جـــ ٢ ص ١١١ وفــيه : (ومنشــأ الخــلاف : هل الإبراء إســقاط ، والإســقاط لا يحــتاج إلــى قبول كالطلاق والعتاق فإنهما لا يفتقران إلى قــبول المــرأة والعــبد ، ولذلــك يــنفذ الطــلاق والعتق وإن كرهت المرأة ===

٤٩٩- الترجيـــح :

بعــد عــرض آراء الفقهــاء فــى هذه المسألة ، أرى ــ والله أعلم بالصواب ــ أن ما ذهب إليه الحنفية من أن الإبراء لا يتوقف على قبول من المديــن ويرتد برده هو الراجح ، وذلك لأن الإبراء ليس تمليكاً محضاً ، ولا اســقاطاً محضــاً ، بل يشتمل على كل منهما ، لأن الدائن بإبرائه المدين قد أسقط حقه الثابت لــه قبله ، وفى الوقت نفسه قد ملكه ما فى ذمته من المال ، فوجب أن يراعى كل من الإسقاط والتمليك .

أمــا مــا قيل من أن المنة فى الإبراء قد تعظم ، وهى تضر بذوى الهيئات والمروءات ، خصوصاً إذا كان صاحب الدين من السفلة ، فيجب أن تتوقف صحة الإبراء على قبول المدين دفعاً للضرر الحاصل له . (١)

أقــول : إن هــذا قــد يكون مقبولاً إذا لم يعط المدين الحق فى رد الإبـــراء ، أمــا وقد أعطى المدين هذا الحق ليتمكن من دفع الضرر ، فلا يحتاج ــ إذن ــ إلى توقف الإبراء على قبول المدين. (٢)

الفـرع الثـانى

طبيعـة الإبـراء مـن الديـن فـى القـانون المـدنى

٥٠٠- ســبق القول أن فقهاء القانون المدنى قد عرفوا الإبراء بأنه تصرف قانونى يقصد به القضاء على الالتزام عن طريق نزول الدائن عن حقه كله ، أو بعضــه ، قبل المدين ، دون أن يتقاضى منه أو من غيره ما يعوضه عن هذا الحق . (٣)

وإذا نظرنا إلى هذا التعريف ، فإنه يتضح أن الإبراء فى ظل القانون

=== والعــبد ، أو هــو تملــيك لمــا فــى ذمــة المدين فيفتقر إلى قبول ، كما لو ملكــه عيــناً بالهــبة أو غــيرها لابــد مــن رضــاه وقبوله ، وكذلك ههنا ...) وأيضاً : حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جــ ٤ ص ٩٩ .

(١) الفروق للقرافى : الموضع نفسه .

(٢) فضــيلة الشــيخ محمــد زكــريا البرديســى : فى بحثه السابق ص ٥٨١ ، أستاذنا الدكتور عبد الرازق حسن فرج : فقرة ٣٤ ص ٥٦ ، ٥٧ .

(٣) يراجع آنفاً : فقرة ٤٨٣ من هذه الرسالة .

المدنى يتميز بأمرين هامين ، أحدهما : أنه تصرف قانونى يتم بإرادة منفردة مـــن جانب الدائن ، والثانى : أنه عمل تبرعى . وسوف ألقى بعض الضوء على كل منهما :

٥٠١- الإبـراء تصـرف قـانونى صـادر مـن جـانب واحـد :

يعـد الإبراء فى ظل القانون المدنى المصرى الحالى تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد هو جانب الدائن ، وليس اتفاقاً يشترط لوقوعه رضاء المدين [١] ، وهذا يتضح من المادة ٣٧١ منه التى تنص على أنه : " ينقضى الالـــتزام إذا أبـــرأ الدائـــن مدينه مختاراً ، ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ، ويرتد برده " .

وهذا التكييف للإبراء قد اقتبسه المشرع الوضعى من الفقه الإسلامى ، فقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدنى : " صور المشرع الإبراء فى المشروع تصويرا جديداً ، إذ جعل منه تعبيراً عن الإرادة يصدر من جانب واحد ، ويرتب آثاره متى اتصل بعلم المدين دون أن يعترض عليه بعد أن كان تعاقداً لا يتم إلا برضاء هذا المدين ، وقد نقل هذا التصوير عن الشريعة الإسلامية وهو بغير شك أدنى إلى ما يقتضيه العقل والمنطق " . [٢]

وهـــذا التكييف المقتبس من الفقه الإسلامى يغلب عليه الطابع المادى للالـــتزام علـــى الطابع الذاتى ، فالالتزام قيمة مالية تدخل فى حيازة الدائن ضـــمن العناصر الإيجابية التى تشتمل عليها ذمته المالية ، فيستطيع النزول

---

(١) أ.د محمـــود جمـــال الديـــن زكـــى : فقـــرة ٢٤٤ ص ٢٥٢ ، أ.د إسماعيل غانم : فـــى الـــنظرية العامـــة للالـــتزام ـــ الجـــزء الثانى أحكام الالتزام والإثبات : فقرة ٢٧١ ص ٤٢٩ الناشـــر : مكتـــبة عـــبد الله وهـــبة سنة ١٩٦٧م ، أ.د عبد المنعم الـــبدراوى : الـــنظرية العامـــة للالـــتزامات فـــى القانون المدنى المصرى جـــ ٢ أحكـــام الالـــتزام ـــ مـــرجع ســـبق ذكره : فقرة ٣٩٤ ص ٤١٥ ، أ.د عبد الفتاح عـــبد الـــباقى : فقـــرة ٢٥٠ ص ٢٦٨ ، أ.د محمـــد لبيـــب شـــنب : فقـــرة ٢١٩ ص ٢٤٧.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ ٣ ص ٢٩٤ ، أ.د فتحى عبد الرحيم : دروس فى أحكام الالتزام : فقرة ٣٣٢ ، ص ٣٩٧

عنه بإرادته المنفردة ، كما يستطيع النزول عن الحق العينى . [1]

وعلى ذلك يتم الإبراء بإرادة الدائن المنفردة ، دون الحاجة إلى قبول المدين غير أن الدائن لا يستطيع أن يفرض على المدين هذا الإبراء ، إذ قد يتحرج المدين من تفضل لا يريده من الدائن كما أن المدين قد يصر على الوفاء على الرغم من رغبة الدائن فى إبرائه، لذا فقد أعطى القانون للمدين الحق فى أن يرد الإبراء متى وصل إلى علمه[2] وهذا ما قررته المادة ٣٧١ مدنى بقولها : " ... ويرتد برده " .

٥٠٢- وإذا كان القانون المدنى الحالى قد جعل الإبراء تصرفاً قانونياً من جانب واحد ، وهو جانب الدائن ، فهو بذلك يكون قد خرج على حكم القانون المدنى القديم ، والقانون المدنى الفرنسى اللذين يعتبران الإبراء اتفاقاً بين الدائن والمدين ، وليس تصرفاً بالإرادة المنفردة للدائن .[3]

٥٠٣ – ويترتب على القول بأن الإبراء يتم بالإرادة المنفردة للدائن ، أو أنه يتم بالاتفاق بين الدائن والمدين عدة نتائج أهمها ما يأتى :

١) فى القانون المدنى الحالى – حيث يتم الإبراء بالإرادة المنفردة للدائن – يكفى أن تصل هذه الإرادة إلى علم المدين حتى يتم الإبراء ، ويتم من

---

(١) أ.د السنهورى فى الوسيط : جـ ٣ فقرة ٥٧٨ ص ٩٦٥ ، أستاذنا الدكتور عبد الرازق حسن فرج : فقرة ١٤ ص ٢٢ ، ٢٣ ، أستاذنا الدكتور حسام الأهوانى : النظرية العامة للالتزام جـ ٢ أحكام الالتزام – مرجع سبق ذكره : ص ٥١٠ ، أ.د جلال محمد إبراهيم : المرجع السابق فقرة ١٠٦ ص ١٨١ .

(٢) أ.د السنهورى : فقرة ٥٧٨ص ٩٦٦ ، أ . د محمود جمال الدين زكى :فقرة ٢٤٤ص٢٥٢ ، أ.د إسماعيل غانم :المرجع السابق فقرة ٢٧١ص٤٩٢ ، أ.د عبد المنعم البدراوى : مرجع سبق ذكره:فقرة ٣٩٤ص٤١٥ ، أ.د محمد لبيب شنب : فقرة ٢١٩ص٢٤٦-٢٤٧ .

(٣) أ.د السنهورى : فقرة ٥٧٨ ص ٩٦٥ ، أ.د عبد الحى حجازى : فقرة ٢٢٢ ص ١٥٩ ، أ.د محمود جمال الدين زكى : فقرة ٢٤٤ ص ٢٥٢ ، أ.د إسماعيل غانم : فقرة ٢٧١ ص ٤٢٩ ، أستاذنا الدكتور عبد الرازق حسن فرج : فقرة ٢٧ ص ٤٠ ، أ.د جلال محمد إبراهيم : فقرة ١٠٦ ص ١٨٧ – ١٨٨ .

وقت هذا العلم ، أما فى القانون المدنى السابق والقانون المدنى الفرنسى ــ حيـث يعتبر الإبراء اتفاقاً ــ فهذا لا يكفى ، بل يجب أن يصدر قبول من المدين ، ولا يتم الإبراء إلا من وقت هذا القبول . [١]

٢) إذا أعلـن الدائن عن رغبته فى إبراء المدين ، ووصل هذا الإعلان إلى علـم المدين ، فلا يستطيع الدائن فى ظل القانون المدنى الحالى أن يعدل عـن الإبراء بعد أن تم ، وإذا مات أو فقد أهليته قبل أن يصل الإعلان إلـى علم المدين ، فإن ذلك لا يمنع من تمام الإبراء عند اتصال الإعلان بعلم المدين بعد موت الدائن ، أو فقده أهليته [٢] ، أما فى القانون المدنى السـابق والقانون المدنى الفرنسى ، فما دام لم يصدر من المدين قبول ، حـتى بعد علمه بإرادة الدائن فى الإبراء فإنه يجوز للدائن أن يعدل عن الإبـراء ، وإذا مـات الدائـن ، أو فقد أهليته قبل صدور القبول ، فإن الإيجاب يسقط ، ولا يجوز للمدين أن يقبل الإبراء بعد ذلك . [٣]

وكذلـك إذا مـات المدين قبل أن يقبل الإبراء فإن الإبراء لا يتم فى ظل القـانون المدنى القديم والقانون المدنى الفرنسى ، أما فى القانون المدنى الحـالى فإنه إذا مات المدين دون أن يرد الإبراء ، فإن الإبراء يتم ، ولا يؤخذ الدين من تركة المدين . [٤]

---

(١) أ.د عـبد الـرزاق السـنهورى : فقـرة ٥٧٨ ص ٩٦٦ ، أسـتاذنا الدكـتور عبد الـرازق حسـن فـرج : الموضـع نفسـه ، أ.د محمد إبراهيم الدسوقى : نظرية الالتزام : ص ٦٧٧ طبعة سنة ١٩٩٢م .

(٢) وهـذا يعـد تطبـيقاً للقواعـد العامة المقررة فى المادة ٩٢ والتى تنص على أنه : (إذا مـات مـن صـدر مـنه التعبـير عـن الإرادة ، أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبـير أثـره ، فـإن ذلـك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه ، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير، أو من طبيعة التعامل) .

(٣) أ.د السـنهورى : فقـرة ٥٧٨ ص ٩٦٦ ، أسـتاذنا الدكـتور عـبد الرازق حسن فرج : فقرة ٢٧ ص ٤١ ، ٤٢ .

(٤) وهـذه الأحكـام قـد نصـت عليها المادة ٤٢٢ من القانون المدنى العراقى ، حيث تقـول : (١- ... وإن مـات ــ أى المديـن ــ قـبل القـبول فـلا يؤخذ الدين مـن تركـته . ٢- ويصـح إبـراء الميـت مـن تركـته) وينظر أيضاً : ===

٣) إذا رد المدين الإبراء في القانون المدني الحالي ، فإن هذا الرد يعد تصرفاً مفقراً للذمة إذ إن ذمته تبرأ من الدين بمجرد وصول الإبراء إلى علمه ، فإذا رد الإبراء فإن الدين يعود إلى ذمته بعد أن كان قد انقضى ، وعلى ذلك فلابد أن تتوافر في المدين أهلية التبرع حتى يستطيع رد الإبراء ، كذلك يستطيع دائنو المدين أن يطعنوا في رده للإبراء بالدعوى البولصية ، لأن هذا الرد زاد في التزاماته ، لأن الدين قد عاد إلى ذمته بالرد بعد أن كان قد انقضى بالإبراء ، أما في القانون المدني السابق فإن رد الإبراء لا يعد تصرفاً مفقراً ، وذلك لأن الإبراء لا يتم إلا بقبوله ، فالدين لم ينقض ما دام أن المدين لم يقبل الإبراء ، وإنما رد المدين الإبراء يعد امتناعاً منه عن أن يثرى ، ومن ثم لا يشترط في الرد أن تتوافر في المدين أهلية التبرع ، ولا يجوز لدائنيه أن يطعنوا في رده للإبراء بالدعوى البولصية . (١)

٥٠٤- **ثانياً : الإبراء تصرف تبرعي :**

يتميز الإبراء بأنه تصرف تبرعي ، فهو نزول من الدائن عن دينه باختياره لصالح المدين ، دون أن يأخذ عوضاً ، فإذا أخذ الدائن عوضاً لقاء نزوله عن دينه ، فإننا لا نكون بصدد إبراء ، وإنما نكون بصدد إما وفاء بمقابل إذا كان مقابل النزول شيئاً آخر تم الوفاء به ، أو تجديد للدين بتغيير محله إذا كان مقابل النزول تعهداً من المدين بالوفاء بالدين ، أو مقاصة إذا كان هذا المقابل دين مقابل في ذمة الدائن . (٢)

=== أ.د السنهوري : ص ٩٦٧ هامش ١ ، أستاذنا الدكتور عبد الرازق حسن فرج : الموضع نفسه ، أ.د حسن علي الذنون : النظرية العامة للالتزام : فقرة ٤٨٢ ص ٤٦٩ .

(١) أ.د السنهوري : فقرة ٥٧٨ ص ٩٦٧ ، أ.د عبد المنعم البدراوي : فقرة ٣٩٤ ص ٤١٦ ، أ.د فتحي عبد الرحيم : فقرة ٣٣٢ ص ٣٩٨ .

(٢) أ.د عبد الرزاق السنهوري : الوسيط جـ ٣ فقرة ٥٧٩ ص ٩٦٨ ، أ.د عبد الحي حجازي : المرجع السابق : فقرة ٢٢٣ ص ١٦٠ ، أ.د محمود جمال الدين زكي : فقرة ٢٤٢ ص ٢٥١ ، أستاذنا الدكتور عبد الرازق حسن فرج : فقرة ٢٨ ص ٤٤ وما بعدها ، أ.د محمد لبيب شنب : فقرة ٢١٩ ===

وهـذه الصـفة التبرعـية هـى التى تميز ـ أيضاً ـ بين الإبراء والصـلح ، فالصلح وإن كان يشتمل على إبراء ، ولكنه إبراء بمقابل ، فإن كـلاً من المتصالحين ينزل عن بعض ما يدعيه فى مقابل التسليم له بالبعض الآخر . (١)

٥٠٥ – المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى :

إذا نظـرنا إلـى طبيعة الإبراء فى كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى لما وجدنا خلافاً يذكر بينهما ، ويتضح ذلك مما يأتى :

١) إن الإبـراء فـى كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى عمل تبرعى ، يتنازل فيه الدائن عن دينه باختياره لصالح المدين ، دون أن يأخذ عوضاً مقابل تنازله عن دينه . (٢)

٢) إن القـانون المدنى القديم ، وكذا القانون المدنى الفرنسي يجعلان الإبراء اتفاقاً بين الدائن والمدين ، وليس تصرفاً بإرادة الدائن المنفردة ، ومن ثم يلزم لتمام الإبراء أن يقبله المدين فإذا رده لم ينعقد (٣) ، وهذا موافق لما ذهب إليه أصحاب الرأى الأول (جمهور المالكية ومن معهم) (٤) ، بيد

=== ص ٢٤٧ ، أ.د بـدر جاسـم الـيعقوب : فقـرة ١٢ ص ٥٤ ، أ.د جـلال محمـد إبراهـيم : مـرجع سـبق ذكره فقرة ١٠٧ ص ١٨٩ ، أ.د سعيد سعد عبد السلام : الوجيز فى أحكام الالتزام والإثبات : ص ٣٣٩ سنة ٢٠٠٠م .

(١) أ.د السـنهورى : المـرجع السـابق الموضـع نفسـه، أسـتاذنا الدكـتور : عبد الـرازق حسـن فـرج : فقـرة ١٩ ص ٢٧ ، أ.د بدر جاسم اليعقوب : فقرة ١٨ ص ٥٧ .

(٢) أ.د صـبحى محمصـانى : المـرجع السـابق جـ ٢ ص ٣٠٦ ، أستاذنا الدكتور عـبد الـرازق حسـن فـرج : فقـرة ٣٢ ص ٥١ ، أ.د السـنهورى : المـرجع السـابق الموضـع نفسـه ، أ.د عـبد الحـى حجـازى : الموضـع نفسه ، وبقية المراجع المشار إليها فى هامش ١ .

(٣) أ.د السـنهورى : الوسـيط جـ ٣ فقـرة ٥٧٨ ص ٩٦٥ ، أ.د عـبد الحـى حجـازى : فقـرة ٢٢٢ ص ١٥٩ ، أ.د محمـود جمـال الدين زكى : فقرة ٢٤٤ ص ٢٥٢ ، أسـتاذنا الدكـتور عـبد الـرازق حسـن فـرج : فقـرة ٢٧ ص ٤٠ .

(٤) يراجع فقرة ٤٩٥ من هذه الرسالة .

أن القـــانون المدنـــى الحالى عدل عن ذلك ، وجعل الإبراء تصرفاً من جانـــب واحد ، يتم بإرادة الدائن المنفردة دون الحاجة إلى قبول المدين ، ولكـــنه أعطـــى للمديـــن الحق فى رد الإبراء [1] ، عملاً بما ذهب إليه أصحاب الرأى الثالث (الحنفية) [2] .

المبحث الثانى

شـــروط الإبـــراء مـــن الديـــن فـى الفقـــه الإسلامـــى والقانـــون المدنـــى

٥٠٦- ويشتمل على مطلبين :

المطلب الأول : شروط الإبراء من الدين فى الفقه الإسلامى.

المطلب الثانى : شروط الإبراء من الدين فى القانون المدنى.

* المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المطلب الأول

شـروط الإبـراء من الديـن فى الفقـه الإسـلامى

٥٠٧- للإبـــراء أركان أربعة[3] هى : المبرئ (الدائن) ، والمبرأ (المدين) ، والمـــبرأ مـــنه (محـــل الإبراء ، أو الدين) ، والصيغة ، وسوف ألقى بعض الضوء على شروط كل ركن من هذه الأركان ، وذلك فيما يأتى : -

٥٠٨ - **أولاً** : **شـــروط المبرئ** :

يشترط فى المبرئ عدة شروط نجملها فيما يأتى :

---

(١) أ.د السـنهورى : فقـرة ٥٧٨ ص ٩٦٦ ، أ.د عـبد الحـى حجـازى : الموضع نفسه ، أ.د محمد لبيب شنب : فقرة ٢١٩ ص ٢٤٦ ، ٢٤٧ .

(٢) يراجع : فقرة ٤٩٧ من هذه الرسالة .

(٣) هـذا عـند جمهـور الفقهـاء ، أمـا الحنفية – كما هو معروف – فالركن عندهم هـو الصـيغة فقـط ، وهـى هنا فى الإبراء الإيجاب فقط ، ينظر : مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٢٦٧ ، وفـيه : (هـبة الديـن ممـن عليه الدين ، وإبراؤه منه يتم مـن غـير قـبول) وأيضـاً العـناية علـى الهداية فى الهبة جـ ٧ ص ٥١٣ ، جامع الفصولين جـ ٢ ص ١٥٦ .

١) أن يكـون المبرئ بالغاً عاقلاً ، وعلى ذلك فلا يصح الإبراء من صبى ، أو مجـنون ، لأن الإبـراء يعـد عمـلاً من أعمال التبرع ، والصبى والمجـنون ليسا من أهل التبرع ، وهذا ما قررته المادة ٢٣٥ من مرشد الحيران التى تنص على أنه : " يشترط لصحة الإبراء أن يكون المبرئ عاقلاً بالغاً أهلاً للتبرع " .

٢) أن يكون المبرئ راضياً ، مختاراً ، فإن شاب إرادته عيب من العيوب ، كمـا لو أكره على الإبراء ، أو دلس عليه فيه ، فإن الإبراء ـ والحالة هذه ـ لا يصح ، ويكون من حق المبرئ أن يرجع على المبرأ بما أبرأه مـنه ، سـواء كـان الإكراه أو التدليس قد وقع من المبرأ أو وقع من شـخص أجنبى لكن بأمر المبرأ [1] ، وذلك عملاً بقول النبى ﷺ : " لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه " [2] .

---

(١) الـتاج المذهـب جـ ٤ ص١٧٨ وفـيه : (ولا يصـح الإبراء مع التدليس بالفقر أو نحـوه ، أو حقـارة الحـق ، فلـو أوهـم المبرئ أنه فقير ، أو أن الحق الذى علـيه حقـير فأبـرأه لأجـل فقـره ، أو لحقارة الحق ، وهو فى الباطن غنى أو الحـق كثـير ، أو أفجعـه بـيد قاهـرة ، أو ادعـى أنه هاشمى ، أو فاضل ، أو ورع أو نحـو ذلـك ، فإنـه لا يصـح الإبراء ، ويرجع عليه المبرئ بذلك المبرأ مـنه ، سـواء كـان التدلـيس منه ، أو من غيره بأمره) وأيضاً : البحر الزخار جـ ٥ ص ٩٧ ، والسـيل الجـرار للشـوكانى جـ ٤ ص ٢٦٣ وفيه : (لا يصـح الإبـراء مـع التدلـيس بالفقر وحقارة الحق ... لأن الإبراء لم يصدر عن رضـا وطيـبة نفـس ، بـل عـن خديعـة ، وتغرير ، فانكشاف ذلك يكشف عن عـدم الرضـا الـذى هـو المـناط الشـرعى) وأيضاً : الشيخ أحمد أبو الفتح : كـتاب المعـاملات ـ مـرجع سـبق ذكـره جـ ٢ ص ١٣٤ ، والشيخ أحمد إبراهـيم : الـتزام التـبرعات ، وهـو بحـث منشور فى مجلة القانون والاقتصاد ـ السـنة الثالـثة ـ العـدد الـثانى ـ رمضـان ١٤٠٣هـ يونيو ١٩٨٣م ص ٢٣٩ ، الدكـتور صـبحى محمصـانى : مـرجع سبق ذكره جـ ٢ ص ٣٠٨ ، الشـيخ محمـد زكـريا البرديسـى : بحـثه السـابق ص ٥٧٩ – ٥٨٠ ، أستاذنا الدكتور عبد الرازق حسن فرج : فقرة ٥٥ ص ٨٢ – ٨٣ .

(٢) السـنن الكـبرى للبـيهقى : كـتاب الغصـب ـ باب من غصب لوحاً فأدخله فى سـفينة ، أو بـنى علـيه جـداراً جـ ٦ ص ١٠٠ ، سـنن الدارقطنى ـ كتاب البـيوع جـ ٣ ص ٢٦ ، مجمـع الـزوائد ومنـبع الفوائـد للهيـثمى ـ كتاب البـيوع ـ بـاب الغصـب وحـرمة مـال المسلم جـ ٤ ص ١٧١ ـ الناشر دار الكتاب ـ بيروت ـ لبنان الطبعة الثانية سنة ١٩٦٧م.

٣) ألا يكون محجوراً عليه لسفه ، أو دين [١] ، ولما كان عدم الحجر للدين شـرطاً مـن شروط النفاذ ، فإن إبراء المحجور عليه لسبب الدين ينعقد موقوفـاً على إجازة دائنيه ، وذلك لأن الحكمة من منعه من التبرع إنما هى المحافظة على حقوقهم . [٢]

وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ، وهم الصاحبان من الحنفية [٣] ، والمالكـية [٤] ، والشـافعية [٥] ، والحـنابلة [٦] ، وجمهـور الزيدية [٧] ، والإمامـية . [٨]

---

(١) الشيخ محمد زكريا البرديسى : الموضع نفسه .

(٢) أستاذنا الدكتور عبد الرازق حسن فرج : الموضع نفسه .

(٣) الـبدائع جـ ٧ ص ١٦٩ ، تبيين الحقـائق جـ ٥ ص ١٩٢ ، مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٤٤٢ .

(٤) المعونـة علـى مذهـب عـالم المدينـة جـ ٢ ص ١٦٥ ، الشرح الكبير للدردير جـ ٣ ص ٢٦٥ ، شرح الخرشى على المختصر جـ ٥ ص ١٦٥ .

(٥) الوسـيط للغـزالى جـ ٣ ص ٣١٨ ، التهذيـب للـبغوى جـ ٤ص ١٢٥ ، العزيز شرح الوجيز جـ ٥ ص ٦٦ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٦٥ .

(٦) الإنصـاف فـى معـرفة الـراجح من الخلاف جـ ٥ ص ٣٠٥ ، الروض المربع : ص ٢٧٦ : الناشـر : مكتـبة دار البـيان دمشـق ـ الطبعة الثانية سنة ١٤١٤ هـ ـ ١٩٩٣م ، المعـتمد فـى فقـه الإمـام أحمـد جـ ١ ص ٤٧٦ ـ ٤٧٧ ، طبعة دار الخير دمشق ـ الطبعة الأولى سنة ١٤١٢هـ ـ ١٩٩١م .

(٧) الـتاج المذهـب جـ ٤ ص ١٠٦ ، الـبحر الـزخار جـ ٥ ص ٨٩ وفـيه : ([هـ ش ك فـو] : للحـاكم الحجـر علـى المديـون إن طلبه خصومه ، أو أحدهـم) . فـ (هـ) رمـز العترة ، و(ش) رمز الشافعى ، و(ك) رمز مالك ، و(فو) رمز أبى يوسف ومحمد .

(٨) جـامع المقاصـد جـ ٥ ص ٢٢٣ ، جواهـر الكـلام جـ ٢٦ ص ٤ ، الحدائق الناضرة جـ ٢٠ ص ٣٨٢ .

أما الإمام أبو حنيفة ، وزفر [1] ، والإمام زيد [2] ، والناصر [3] [4] ، فــلا يــرون الحجر على المدين بسبب الدين ، وذلك لأن فى الحجر على المدين إهداراً لآدميته ، وإنسانيته ما دامت أهليته كاملة بالعقل ، والدين أمر عارض لا يزيلها ، ولا ينال منها ، وعلى ذلك فإن الإمام أبا حنيفة ومن معه لا يشترطون هذا الشرط .

والــراجح ــ والله أعلم ــ هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائلون بالحجــر بســبب الدين، واشتراط هذا الشرط ، فقد روى أن النبى ﷺ حجر علــى معاذ ماله وباعه فى دين كان عليه " [5] فالمحجور عليه بسبب الدين

---

(١) الــبحر الــرائق جـــ ٨ ص ٨٣ ، حاشــية الشلبى على تبيين الحقائق جـــ ٥ ص ١٩٠ ، مجمــع الأنهــر جـــ ٢ ص ٤٤٢ ، وفــيه : (ولا يحجــر على مديون وإن طلــب الحجــر غــرماؤه عــند الإمــام ، لأن المــنع مــن التصرف بطلب الغــرماء يــبطل أهليــته ، وإلحاقــه بالــبهائم ، وهو شنيع لا يرتكب لدفع ضرر خاص) .

(٢) **الإمــام زيــد** : هــو الإمــام الشهيد زيد بن على بن الحسين بن على بن أبى طالب ــ رضــى الله عــنهم ــ إمــام المذهــب الزيدى ، قال عنه الإمام أبو حنيفة : (ما رأيــت فــى زمانــه أفقــه منه ، ولا أسرع جواباً ولا أبين قولاً) خرج على هشام بــن عــبد الملــك ، وســار إلــى الكوفــة وناصره بعض أهلها ، ولكنه ظفر به يوســف بــن عمــر الــثقفى فقتله وصلبه ، وأحرقه سنة ١٢٢هـــ وقيل سنة ١٢٣ هـــ ، ينظر : فوات الوفيات جـــ ١ ص ٣٣٣ ، الأعلام جـــ ٣ ص ٥٩ .

(٣) **الناصــر** : هــو الإمــام الحســن بــن علــى بــن الحســن بن عمر بن على زين العابديــن العلــوى الهاشــمى ، أبــو محمد لقب بالناصر ، وكان يدعى الأطروش لصــمم أصــابه مــن ضــربة سيف ، وكان شاعراً ، علامة إماماً فى الفقه والدين ، توفــى فــى طبرســتان ســنة ٣٠٤هـــ . يــنظر : تاريخ ابن خلدون ــ القسم الأول ــ المجلــد الــرابع ص ٥٠ ومــا بعدهــا الناشر : دار الكتاب اللبنانى سنة ١٩٦٨م ، الأعلام جـــ ٢ ص ٢٠٠ .

(٤) الــبحر الــزخار جـــ ٥ ص ٨٥ ، وفــيه : (ز ح ن) : لا حجــر ، بــل يحبس حــتى يقضــى) فـــ (ز) رمــز زيــد بن على و(ح) رمز أبى حنيفة ، و(ن) رمز الناصر .

(٥) راوى الحديــث هــو كعــب بــن مالك ــ رضى الله عنه ــ ينظر : السنن الكبرى للبــيهقى كــتاب التفلــيس ــ بــاب الحجر على المفلس وبيع ماله فى ديونه جـــ ٦ ص ٤٨ ، مجمــع الــزوائد : كــتاب البــيوع ــ بـــاب فـــى المفلـــس جـــ ٤ ص ١٤٣ .

ممنوع من التصرف فى ماله ، فإبراؤه لا يصح [1]

٣) أن يكــون المبرئ ذا ولاية شرعية فى إبرائه ، كما لو كان هو الدائن أو وكيله . [2]

٤) ألا يكــون المــبرئ مريضاً مرض الموت [3] ، فإن كان مريضاً مرض الموت اعتبر إبراؤه وصية ، وأخذ أحكامها . [4]

---

(١) الشيخ محمد زكريا البرديسى : المرجع السابق ص ٥٨٠ .

(٢) الأشــباه والــنظائر لابــن نجــيم : ص ٢٦٤ ، الأشــباه والــنظائر للســيوطى : ص ١٧١ .

(٣) مــرض المــوت : (هــو المــرض الذى يتصل به الموت ، ويكون من الأمراض الــتى يغلــب فــيها الهــلاك) وقــد ألحق بمرض الموت وجود الإنسان فى حالة يغلــب علــيه فــيها خــوف الهلاك ، ويتصل بها الموت ، كمن يقدم للقتل قصاصاً ، أو يكــون فــى ســفينة قــد تلاطمت عليها الأمواج وخيف غرقها أو انكسرت ، وبقــى علــى لــوح مــنها ، أو غــير ذلــك فــالمدار فى إلحاق الحالة بمرض المــوت هــو أن يغلــب علــيه فــيها الهلاك : ينظر فيما يعد مرض موت وما لا يعــد كذلــك : شــرح فــتح القدير للكمال بن الهمام ــ باب طلاق المريض مرض المــوت جـــ ٤ صـــ ٧ ، ٨ ، والكفايــة علــى الهدايــة ــ أســفل شرح فتح القدير : الموضع نفسه .

(٤) وعلــى ذلك : إذا كان المبرئ مريضاً مرض الموت ، فإن إبراؤه لا ينفذ بعد الموت إلا فــى حدود الثلث من التركة بعد سداد الديون ، أما ما زاد على الثلث ، فإن نفاذ الإبراء فيه يتوقف على إجازة الورثة إذا كانوا من أهل التبرع .
- هــذا إذا كــان المــبرأ أجنبــيا ، أمــا إذا كان وارثاً فإن الإبراء ــ والحالة هذه ــ يــتوقف علــى إجــازة الورثــة قليلا كان الدين ، أو كثيرا ، **وهذا ما ذهب إليه جمهــور الفقهــاء اعــتماداً علــى قــول رسول الله ﷺ** : (إن الله ــ عز وجل ــ أعطــى كــل ذى حــق حقــه فــلا وصــية لوارث) أخرجه ابن ماجة فى سننه كــتاب الوصــايا ــ بــاب لا وصــية لــوارث جــــ ٢ ص ٩٠٥ رقم ٢٧١٣ ، وأبــو داود : كــتاب البــيوع بــاب فــى تضــمين العارية جـ ٣ ص ٢٩٥ رقم ٣٥٦٥ ، وأحمــد فــى مســنده جـــ ١٣ ص ٤٥٦ رقــم ١٧٥٩٤ ، والدارمى : كــتاب الوصــايا ــ بــاب الوصــية للــوارث جـــ ٢ ص ٥١١ رقــم ٣٢٦٠ ، والــترمذى : كــتاب الوصــايا ــ بــاب مــا جــاء لا وصــية لــوارث جـــ ٤ ص ٤٣٤ رقم ٢١٢١ . وقال أبو عيسى : هذا حديث حسن صحيح).
يــنظر : الــبدائع جـــ ٧ ص ٣٣٧ ، مجمــع الأنهــر جـ ٢ ص ٦٩٢ ، اللباب فــى شــرح الكــتاب جـــ ٤ ص ١٦٨ ، المنــتقى شــرح الموطأ جـ ٦ ===

٥١٠- ثانيـاً : شـروط المـبرأ :

يشـترط فى المدين المبرأ أن يكون معلوماً ، فلا يصح إبراء شخص مجهـول ، كذلك يجب أن يكون المدين المبرأ معيناً تعيينا كافياً ، وعلى ذلك إذا أبرأ الدائن أحد مدينيه ، بأن قال لهما : أبرأت أحدكما ، لم يصح الإبراء ، إلا أن يعين واحداً منهما ، لأن الإبراء يتضمن تمليكاً ، والتمليك للمجهول باطل . (١)

وإذا قال شخص أبرأت مديناً لم يصح الإبراء ، وكذا لو قال : أبرأت

=== ص ١٧٦ ، المعونـة علـى مذهـب عـالم المديـنة جـ ٢ ص ٥٠٨ ، الـتفريع لابـن الحـلاب جـ ٢ ص ٣٢٣ ، ٣٢٤ ، مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٣ ، المغـنى لابـن قدامـة جـ ٦ ص ٤٤٩ ، مسـألة رقم ٤٥٩٥ ، المحلى لابـن حـزم جـ ٩ ص ٣١٦ مسـألة رقـم ١٧٥٢مع ملاحظة أن ابن حزم لا يجيز الوصية للوارث حتى ولو أجازها الورثة

أمـا مـن يقولـون بجـواز الوصـية للوارث ، وهم الهادى وأبو طالب والناصر وأبـو العـباس مـن الـزيدية والإمامـية ، فيرون أن الأجنبى والوارث سواء فى نفـاذ إبـراء الدائـن المـريض مـرض الموت لهما متى لم يتجاوز الدين المبرأ مـنه ثلـث الـتركة بعـد سداد ما على المبرئ من دين ، فإن تجاوز الإبراء ثلث الـتركة توقـف علـى إجـازة بـاقى الورثة . ينظر : البحر الزخار جـ ٥ ص ٣٠٨ ، وفـيه : (مسـألة : (هـ ن ط ع) وتجـوز للـوارث) فـ الـ(هـ) للهادى والـ (ن) للناصر ، والـ (ط) لأبى طالب ، والـ(ع) لأبى العباس .

ويـنظر أيضـاً : جواهـر الكـلام جـ ٢٨ ص ٣٦٤ وفيه : (... وتصح الوصية للأجنـبى والـوارث) جـامع المقاصـد جـ ١٠ ص ٥٣ وفيه : (... لا فرق بيـن الوصـية للـوارث وغـيره فـى صحتها إذا كانت ثلثاً فما دون ، ولا اعتبار بإجازة باقى الورثة بلا خلاف فى ذلك عندنا) .

هـذا : والقـول بجـواز الوصية للوارث فى حدود الثلث فما دون هو ما أخذ به قانون الوصـية المصرى الحالى رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م ، إذ تنص المادة ٣٧ منه على أنه (تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره ، وتنفذ من غير إجازة الورثة ، وتصح بما زاد على الثلث،ولا تنفذ فى الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى ، وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه...)

(١) الأشـباه والـنظائر لابـن نجـيم : ص ٢٦٤ وفيه : (ولو قال الدائن لأحد مديونيه : أبـرأت أحدكمـا لـم يصـح..) رسالة إعلام الأعلام بأحكام الإقرار العام لابن عابديـن ، وهـى رسـالة ضـمن مجموعة رسائل ابن عابدين ص ١٠٢ – ١٠٣ ، المبدع فى شرح المقنع جـ ٥ ص ٣٦٥ .

كـل مديـن لى ، أما لو كان المبرأ متعدداً محصوراً ، كما لو قال : أبرأت أهـالى المـنطقة الفلانية ، وكان أهل هذه المنطقة محصورين معينين صح الإبراء .[1]

٥١١- **ثالثاً** : **شروط المبرأ منه (الدين محل الإبراء)** :

يشترط فى الدين المبرأ منه أن يكون ثابتاً عند الإبراء ، فالإبراء من حق قبل وجوده لا يصح ، ولذلك لا يصح للزوجة أن تبرئ زوجها من نفقة العدة قبل الطلاق .[2]

٥١٢ – **ولكن هل يشترط لصحة الإبراء أن يكون الدين المبرأ منه معلوماً ؟**

اختلف الفقهاء فى ذلك على رأيين :

٥١٣- **الـرأى الأول** : **وهـو مـا ذهب إليه الحنفية [3] ، والمالكية [4] ، والشـافعـى فـى القديـم [5] ، وأحمـد فـى روايـة [6] ، وجمهـور**

---

(١) رسـالة إعـلام الأعـلام السـابقة : ص ١٠٢ ، وفيه : (وفى نوادر ابن رستم عن محمـد ــ رحمـه الله تعـالى ــ لـو قال : كل من لى عليه دين فهو برئ منه لا تـبرأ غـرماؤه مـن ديونـه إلا أن يقصـد رجـلاً بعينه ، فيقول : هذا برئ مما علـيه ، أو قبـيلة فـلان وهـم يحصـون ..) وفـى ص ١٠٣ : (لو قال أبرأت جمـيع غـرمائى لـم يكـن بـراءة حتى ينص ... على معين ولو قبيلة فلان وهم يحصـون ...) وأيضـاً : الدكـتور صـبحى محمصـانى جـــ ٢ ص ٣٠٩ ، الشـيخ محمـد زكـريا البرديسـى : ص ٥٧٨ ، أسـتاذنا الدكـتور عبد الرازق حسن فرج : فقرة ٨٤ ، ٨٥ .

(٢) إعـلام الأعـلام : ص ١٠٢ ، وأيضـاً : الشـيخ محمـد زكـريا البرديسى : فى بحـثه السـابق ص ٥٧٨ ، أسـتاذنا الدكـتور عبد الرازق حسن فرج : فقرة ٥٧ ص ٨٧ .

(٣) الأشـباه والـنظائر لابـن نجـيم : ص ٢٦٤ وفيه : (ويصح الإبراء عن المجهول ..) ، إعـلام الأعـلام ص ١٠٢ وفـيها : (الإبـراء عن المجهول صحيح قضاء ، وديانة) .

(٤) حاشـية الدسـوقى علـى الشـرح الكبـير جــ ٤ ص ٩٩ ، الشـرح الصـغير للدردير جـ ٣ ص ٣٣٩ ، شرح منح الجليل جـ ٤ ص ٨٦ .

(٥) مغـنى المحـتاج جــ ٢ ص ٢٦٢ ، وفـيه : (.. وفـى القديـم صحيح ؛ لأنه إسـقاط محـض كالإعـتاق) شـرح الجـلال المحلى على منهاج الطالبين جـ ٢ ص ٣٢٦ وفيه : (... وفى القديم يصح بناء على أنه إسقاط كالإعتاق) .

(٦) القواعـد لابـن رجـب القـاعدة ١٠٤ ص ٢٥٠ الناشر : مكتبة الكليات الأزهرية ــ الطـبعة الأولـى سـنة ١٣٩٢هــ ١٩٧٢م وفـيه : (.. البراءة من ===

الـزيدية [1] ، ويرون أنه لا يشترط لصحة الإبراء أن يكون الدين المبرأ منه معلوماً ، بل يصح الإبراء من الدين المجهول .

٥١٤- الـرأى الثانى : وهو ما ذهب إليه الشافعى فى الجديد [2] ، ورواية عن الإمام أحمد [3]، والناصر من الزيدية [4] ، ويشترطون لصحة الإبراء أن يكـون الديـن المبرأ منه معلوماً وعلى ذلك فلا يجوزون الإبراء من الدين المجهول .

٥١٥- الأدلـة :

٥١٦- ١- أدلـة الـرأى الأول :

استدل أصحاب الرأى الأول على ما ذهبوا إليه من جواز الإبراء من الدين المجهول بالمعقول ، وذلك من وجهين :

الوجـه الأول : إن الإبراء فيه معنى الإسقاط ، وبالتالى لا تضر فيه الجهالة

=== المجهـول ، وأشـهر الـروايات صـحتها مطلقاً ، سواء جهل المبرئ قدره ووصـفه ، أو جهلهمـا معـاً ، وسـواء عـرفه المـبرئ أو لم يعرفه) وأيضاً : المغـنى لابـن قدامـة جـ ٦ ص ٢٩١ رقـم ٤٤٥٤ الإنصـاف جـ ٧ ص ١٢٨ .

(١) الـبحر الـزخار جـ ٥ ص ٩٧ وفـيه : (}هـ م ح قش { : ويصح الإبراء من الديـون المجهولـة ، إذ هـو إزالـة ملك لا يفتقر إلى قبول) فـ (هـ) للهادى ، و(م) رمـز المؤيـد بـالله ، و(ح) رمـز أبى حنيفة ، و(قش) رمز قول للشافعى . ويـنظر أيضـاً : الـتاج المذهـب جـ ٤ ص ١٧٩ ، السـيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للإمام الشوكانى جـ ٤ ص ٢٦٢ .

(٢) الأشـباه والـنظائر للسـيوطى : ص ٤٦٢ ، شـرح الجـلال المحلى على المنهاج جـ ٢ ص ٣٢٦ ، وفـيه : (الإبـراء مـن المجهول باطل فى الجديد بناء على أنـه تملـيك المديـن مـا فـى ذمته ، فيشترط علمهما به) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٢٦٢ .

(٣) قواعـد ابـن رجـب القـاعدة رقـم ١٠٤ ص ٢٥٠ وفـيه : (... والثالـثة : لا يصـح الـبراءة مـن المجهـول ، وإن جهلاه إلا فيما تعذر علمه للضرورة ...) .

(٤) الـبحر الـزخار جـ ٥ ص ٩٧ وفـيه : (} ن جـم قـش { : تملـيك فلا يصح كالبـيع) الـ(ن) رمـز للناصـر ، و(جـم) تخريج المؤيد بالله ، و(قش) : قول للشافعى .

كالإعتاق والطلاق[1] وهو وإن كان فيه معنى التمليك ، إلا ان الجهالة فيه لا تضر ، لأن الجهالة إنما تضر فى التمليكات التى تحتاج إلى إقباض وتسليم ، والتمليك فى الإبراء لا يحتاج إلى تسليم الشىء المملك ، فلا تضر معه الجهالة . [2]

الوجـه الثانى : (ولأن الحاجة داعية إلى تبرئة الذمة ... فلو وقفت صحة البراءة على العلم لكان سداً لباب عفو الإنسان عن أخيه المسلم ، وتبرئة ذمته ، فلم يجز ذلك كالمنع من العتق...) [3] .

٥١٧- ٢- **دليل الرأى الثانى** :

استدل أصحاب الرأى الثانى على ما ذهبوا إليه من عدم جواز الإبراء من الدين المجهول بالقياس على بيع المجهول بجامع التمليك فى كل ، وبيع المجهول لا يجوز فكذلك الإبراء منه . [4]

٥١٨- **مناقشة دليل هذا الرأى** : ويمكن مناقشة ما استدل به أصحاب الرأى الثانى من وجهين :

الوجـه الأول : إن قياس الإبراء على البيع إنما هو قياس مع الفارق ، ووجه الفرق أن البيع مبادلة مال بمال ، فهو عقد معاوضة ، أما الإبراء فهو تصرف بدون عوض فافترقا .

الوجـه الثانى: إن عدم صحة التمليك فى بيع المجهول علته أنه يفضى إلى المنازعة وهذا بخلاف التمليك فى الإبراء ، فإنه لا يفضى إلى المنازعة ،

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٢٦٢ ، شرح الجلال الحلى على المنهاج جـ ٢ ص ٣٢٦ ، المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٢٩١ مسألة رقم ٤٤٥٤ ، البحر الزخار جـ ٥ ص ٩٧ .

(٢) الشيخ محمد زكريا البرديسى : ص ٥٧٩ ، أستاذنا الدكتور عبد الرازق حسن فرج : فقرة ٥٦ ص ٨٥ .

(٣) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٢٩١ – ٢٩٢ مسألة رقم ٤٤٥٤ .

(٤) شرح الجلال المحلى على المنهاج جـ ٢ ص ٣٢٦ ، البحر الزخار جـ ٥ ص ٩٧ .

لأنه لا يحتاج إلى إقباض وتسليم ، وإذا زالت العلة زال المعلول . [١]

٥١٩- **الترجيــح** :

بعـــد عرض آراء الفقهاء فى هذه المسألة ، وأدلتهم ، ومناقشة دليل الـــرأى الـــثانى يتضـــح لى ــ والله أعلم بالصواب ــ رجحان ما ذهب إليه أصحاب الرأى الأول القائلون بجواز الإبراء من الدين المجهول ، وذلك لقوة أدلتهم ، وسلامتها عن المعارضة ولما فى الأخذ به من المصلحة التى تتمثل فى إبراء الذمم .

٥٢٠- **رابعاً : شــروط الصيغــة** :

صيغة الإبراء : هى ما به يتم الإبراء من قول أو ما يقوم مقامه [٢] ، والأصل فى الصيغة أنها عبارة عن الإيجاب ، والقبول [٣] ، وهى هنا ــ فى الإبـــراء ــ كذلك عند من يرى أن الإبراء يتوقف على القبول ، أما من يرى أن الإبراء لا يتوقف على قبول من المدين (المبرأ) ، فالصيغة عنده الإيجاب فقـــط ، وقد سبق بيان آراء الفقهاء فى مدى احتياج الإبراء إلى قبول المدين عند الكلام عن طبيعة الإبراء . [٤]

ويحصـــل الإبـــراء بكل لفظ يدل عليه ، كأبرأت أو أسقطت ، وأنت بـــرئ ، وغير ذلك من الألفاظ التى يتحقق بها المقصود ، وهو التخلى عما للدائـــن على المدين ، على أن يكون اللفظ واضح الدلالة على المقصود الذى هو سقوط الحق المبرأ منه . [٥]

---

(١) الشـــيخ محمـــد زكـــريا البرديســـى : ص ٥٧٩ ، أســـتاذنا الدكـــتور عبد الرازق حسن فرج : فقرة ٥٦ ص ٨٥ .

(٢) أستاذنا الدكتور عبد الرازق حسن فرج : فقرة ٢٥ ص ٥٦ .

(٣) الشـــيخ محمـــد مصـــطفى شـــلبى : المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى ــ مرجع ســـبق ذكـــره ص ٣٦٩ ، أ.د يوســـف قاســـم : مـــبادئ الفقه الإسلامى ــ مرجع سبق ذكره ــ ص ٣٢٩ .

(٤) يراجع : فقرة ٤٩٤ وما بعدها من هذه الرسالة .

(٥) يـــنظر فـــيما يعـــد إبـــراء مـــن العبارات وما لا يعد : جامع الفصولين جــ ٢ ص ٢١٤ ، إعـــلام الأعـــلام لابـــن عابديـــن ص ٩٦ ومـــا بعدهـــا ، حاشية القليوبى علـــى شـــرح الجـــلال المحلـــى علـــى المـــنهاج ــ كـــتاب الهـــبة جــ ٣ ===

المطلب الثانى

شـروط الإبـراء مـن الديـن فى القـانون المـدنى

٥٢١- تنص المادة ٣٧٢ من القانون المدنى على ما يأتى :

(١- يسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية التى تسرى على كل تبرع .

٢- ولا يشـترط فيه شكل خاص ، ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان) .

يتضـح مـن هـذا الـنص أنه ينبغى أن تتوافر فى الإبراء شروط موضوعية معينة ، ولكنه ــ كقاعدة عامة ــ لا يشترط له شروط من ناحية الشكل ، وسأفصل ذلك على النحو التالى : -

٥٢٢- **أولاً : الشـروط الموضـوعيـة للإبـراء :**

يسـرى على الإبراء الأحكام الموضوعية التى تسرى على كل تبرع (المادة ١/٣٧٢) وعلى ذلك : يجب أن يعبر الدائن عن إرادته فى النزول عن حقـه دون مقابل ، وأى تعبير عن هذه الإرادة يكفى ، سواء كان هذا التعبير صـريحاً ، أو ضـمنياً ، إلا أن الإبراء لا يفترض ، لأنه نزول عن الحق ، فعند الشك لا يكون هناك محل لتفسير إرادة الدائن بأنه قصد الإبراء . [1]

وهـذه الإرادة يجـب أن تصـدر عـن ذى أهلية كاملة ، والأهلية المطلوبـة ــ هنا ــ هى أهلية التبرع ، لأن الإبراء تصرف تبرعى ــ كما

=== ص ١١٢ ، جـ ٢ ص ٣٠٨ بـاب الصـلح ، حاشـية الشـروانى علـى تحفـة المحـتاج ــ فـى الصـلح جـ ٥ ص ١٩٢ ، المبدع فى شرح المقنع جـ ٥ ص ٣٦٥ ، الإنصـاف جـ ٧ ص ١٢٧ ــ الـتاج المذهـب جـ ٤ ص ١٧٦ ، وأيضـاً : الشـيخ البرديسـى : ص ٥٧٧ ، أسـتاذنا الدكتور عبد الرازق حسن فرج : فقرة ٢٥ ص ٥٨ .

(١) أ.د السـنهورى : الوسـيط جـ ٣ فقـرة ٥٨١ ص ٩٧٢ ، أ.د عـبد المـنعم الـبدراوى : الـنظرية العامـة للالـتزام جـ ٢ ، أحكام الالتزام ــ مرجع سبق ذكـره فقـرة ٣٩٥ ، أسـتاذنا الدكـتور عبد الرازق حسن فرج فقرة ٦٣ ص ٩٣ ، ٩٤ ، أ.د جاسـم الـيعقوب : فقـرة ١٣ ص ٥٦ ، أ.د جـلال محمد إبراهيم : فقرة ١٠٩ ص ١٩٣ .

سبق أن ذكرنا . [1]

وعلـــى ذلـــك : فلا يجوز للقاصر والمحجور عليه إبراء المدين من الديـــن ، لأن أهلـــية التبرع غير متوافر فيهما ، ولأن إبراء المدين يعد من التصرفات الضارة بهما ضرراً محضاً ، كما لا يجوز للمولى ، أو الوصى ، أو القيم إبراء مدين الصغير ، أو المحجور عليه من الدين ، لأنهم لا يملكون ولاية التبرع فى مال محجوريهم ، بل لا يجوز لهم ذلك حتى بإذن المحكمة ، لأن المحكمة نفسها لا تملك الإذن بالتبرع بأموال الناصر والمحجور عليه ، والإبراء فى جميع هذه الأحوال يكون باطلاً.[2]

كما يجب أن تكون إرادة الدائن خالية من العيوب ، فيجب ألا يشوبها غلـــط أو تدليس ، أو إكراه ، أو استغلال ، وإلا كان الإبراء قابلاً للإبطال ، وفقاً للقواعد العامة وأكثر ما يشوب إرادة المبرئ هو الإكراه ، لأن الدائن لا يبرئ مدينه عادة ، وإنما هو فى الكثير من الأحوال يكون مكرهاً على ذلك ، ومـــن ثم فقد عنيت المادة ٣٧١ مدنى فى صدرها أن تبرز خلو الإرادة من الإكـــراه ، وأن تكون إرادة مختارة ، فنصت على أنه : (ينقضى الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً ...) [3]

---

(١) يـــراجع آنفـــاً فقـــرة ٥٠٤ مـــن هـــذه الرســـالة والمـــادة ٤٢١ من القانون المدنى العـــراقى والـــتى تـــنص علـــى أنـــه : (يشـــترط لصحة الإبراء أن يكون المبرئ أهـــلاً للتـــبرع) وأيضـــاً : أ.د إســـماعيل غانم : فى النظرية العامة للالتزام جـــ ٢ أحكـــام الالـــتزام ـــ مـــرجع ســـبق ذكـــره فقـــرة ٢٧١ ص ٤٣٠ ، أ.د توفيق حسن فرج : مرجع سبق ذكره ص ٣٥٩

(٢) أ.د الســـنهورى فـــى الوســـيط جـــــ ٣ فقـــرة ٥٨١ ص ٩٧٣ ، وبتفصيل أوفى : أســـتاذنا الدكـــتور عـــبد الـــرازق حســـن فرج : فقرة ٦٤ وما بعدها ص ٩٥ وما بعدها ، أ.د بدر جاسم اليعقوب : الموضع نفسه .

(٣) أ.د الســـنهورى : المـــرجع الســـابق الموضـــع نفســـه ، أ.د عـــبد الحى حجازى : فقـــرة ٢٢٥ ص ١٦١ ، أ.د عـــبد المـــنعم الـــبدراوى : فقـــرة ٣٩٥ ص ٤١٧ ، أســـتاذنا الدكـــتور عـــبد الـــرازق حسن فرج : فقرة ٦٨ ص ٩٩ ، أ.د فتحى عبد الرحـــيم : مـــرجع ســـبق ذكـــره : فقرة ٣٣٣ ص ٢٩٨ ، أ.د توفيق حسن فرج . ص ٢٥٩ ، أ.د بـــدر جاســـم الـــيعقوب : فقـــرة ١٣ ص ٥٦ ، أ.د جـــلال محمد عبد إبراهيم : فقرة ١٠٩ ص ١٩٣ .

والإبراء كغيره من التصرفات يجب أن يكون له محل موجود ، وهو دين فى الذمة وأن يكون المحل ممكناً ، ومعيناً ، أو قابلاً للتعيين ، وأن يكون مشـــروعاً ، والقـــاعدة أنه يجوز الإبراء من الديون كافة بصرف النظر عن مصدرها ، أو موضوعها ، ويستثنى من هذه القاعدة تلك الديون التى تقضى قواعد النظام العام ببقائها لأصاحبها ، كدين النفقة ، قبل استحقاقه . (١)

وأخـــيراً فإن الإبراء ــ ككل تصرف قانونى ــ يجب أن يكون لـــه سبب مشروع والسبب هو الباعث الدافع على الإبراء ، فإذا كان الباعث غير مشـــروع كالإبـــراء الحاصل لامرأة بقصد الوصول إلى معاشرتها معاشرة محرمة وقع الإبراء باطلاً ، وهذا كله تطبيق للقواعد العامة . (٢)

وكذلك فإنه إذا اتضح أن الإبراء كان له باعث معين ، ثم تخلف هذا الباعث سقط الإبراء . (٣)

٥٢٣- ثانياً : ليس للإبـراء كقاعـدة عامـة شـروط شـكلية :

يعـد الإبراء تصرفاً رضائياً ينعقد بإرادة الدائن وحدها ، دون حاجة إلـــى إفراغ هذه الإرادة فى ورقه رسمية ، أو شكل خاص ، وهذا ما قررته المـــادة ٢/٣٧٢ التى تنص على أنه : " ولا يشترط فيه شكل خاص ولو وقع

---

(١) أ.د السـنهورى : فقـرة ٥٨١ ص ٩٧٤ ، أ.د عـبد المـنعم البدراوى : الموضع نفســه ، أ.د جـلال محمـد إبراهـيم : الموضـع نفسه ، أ.د فتحى عبد الرحيم : الموضع نفسه ، أ.د سعيد عبد السلام : ص ٣٤٢ .

(٢) أ.د عـبد المـنعم الـبدراوى : فقـرة ٣٩٥ ص ٤١٧ ، أ.د أنـور سـلطان ، أ.د جـلال العـدوى : رابطـة الالـتزام : فقرة ٤٧١ ص ٥٦٥ طبعة سنة ١٩٦١ ، أسـتاذنا الدكـتور عـبد الـرازق حسن فرج : فقرة ٥٨ ص ٨٩ ، أ.د بدر جاسم اليعقوب : فقرة ١٥ ص ٥٧ .

(٣) وذلـك بعكـس مـا هـو علـيه الحال فى القانون المدنى الألمانى فإن الإبراء فيه تصـرف مجـرد لا يـتأثر بالباعـث وعلـى ذلك إذا إبرأ الدائن مدينه ، انقضى الديـن وزالـت التأميـنات الـتى كانت تكلفه ، وإذا تبين بعد ذلك أن الباعث على الإبـراء قـد تخلـف لـم يسقط الإبراء ، ولم تعد التأمينات ، وإنما يرجع بدعوى الإثـراء بـلا سـبب . يـنظر : أ. د السـنهورى : الوسـيط جـ ٣ ص ٩٧٥ هـامش ١ ، أسـتاذنا الدكـتور عـبد الـرازق حسـن فرج : فقرة ٥٨ ص ٨٩ وص ٩٠ بالهامش .

علـــى الـــتزام يشـــترط لقـــيامه توافر شكل فرضه القانون ، أو اتفق عليه المتعاقدان " .

ويتضح من هذا النص أن الإبراء تصرف رضائى ، وليس شكلياً[1]، حتى ولو وقع الإبراء على التزام مصدره عقد شكلى ، سواء كان هذا الشكل مفروضاً بحكم القانون ، أو متفقاً عليه من المتعاقدين ، مثال ذلك : أن يبرئ الموهـــوب لـــه ، (وهو دائن بمقتضى عقد الهبة) الواهب (وهو المدين) من الـــتزامه الناشئ عن عقد الهبة ، فرغم أن الرسمية ركن فى الهبة إلا أنه لا يشترط شكل خاص فى الإبراء الصادر من الموهوب له .

كذلك إذا تفق المتبايعان على أن يكتبا عقد البيع فى ورقة رسمية فإن الـــتزام المشـــترى بدفع الثمن على الرغم من أن مصدره عقد شكلى فى هذه الحالة إلا أنه يمكن للبائع أن يبرئه منه دون الحاجة إلى أن يفرغ هذا الإبراء فى ورقة رسمية .[2]

٥٢٣- الوصية بالإبـــراء :

والأحكام المتقدمة تنطبق على حاله ما إذا صدر الإبراء حال الحياة ،

---

(١) هـــذا : وإذا كـــان القـــانون قـــد اشترط الرسمية فى الهبة إلا أنه قد اشترط ذلك فى الهـــبات المباشـــرة الـــتى تـــتم بنقل حق من الواهب إلى الموهوب له ، أما الإبراء مـــن الديـــن فهـــو مـــن قبـــيل الهبات غير المباشرة ، لأنه ليس ناقلاً للحق ، وإنما هـــو ســـبب لانقضـــائه . يـــنظر : أ. د الســـنهورى : فقـــرة ٥٨٠ ص ٩٧٠ ، إســـماعيل غـــانم : فقـــرة ٢٧١ ص ٤٣٠ ، أ.د عـــبد المـــنعم الـــبدراوى : فقرة ٣٩٥ ص ٤١٦ ، أســـتاذنا الدكـــتور عـــبد الـــرازق حســـن فـــرج : فقرة ٦٠ ص ٩١ ، أ.د فتحى عبد الرحيم : فقرة ٣٣٣ ، ص ٣٩٩ .

(٢) أ.د الســـنهورى : الموضـــع نفســـه ، أ.د عـــبد الحـــى حجـــازى : فقرة ٢٢٧ ص ١٦٣ ، أ.د إســـماعيل غـــانم : فقـــرة ٢٧١ ص ٤٣٠ ــ ٤٢١ ، أ.د عـــبد المنعم الـــبدراوى : فقـــرة ٣٩٥ ص ٤١٦ ، ٤١٧ ، أســـتاذنا الدكـــتور عـــبد الـــرازق حســـن فـــرج : فقـــرة ٥٩ ص ٩٠ ، أ.د جـــلال محمـــد إبراهـــيم : فقرة ١١٠ ، ص ٩٤ ، أ.د ســـمير عـــبد الســـيد تـــناغو : نظـــرية الالتزام : مرجع سبق ذكره فقـــرة ٤٠٩ ص ٥٤٤ ، أ.د مصـــطفى الجمـــال : أحكـــام الالـــتزام : فقرة ١٣٣ ص ٢١٢ ، ٢١٣ طـــبعة ســـنة ٢٠٠٠م ، أ.د محمـــد إبراهـــيم دســـوقى : نظرية الالتزام : ص ٦٧٢ سنة ١٩٩٢م .

أمـــا إذا صدر الإبراء مضافاً إلى ما بعد الموت ، بان كان الدائن قد أوصى بإبـــراء مديـــنه ، فإن الإبراء ، والحالة هذه ــ يكون وصية ، وتسرى عليه أحكامهـــا فى الشكل والموضوع ، وعلى ذلك فلابد ــ فى هذه الحالة ــ من إفراغه فى صورة وصية فى الشكل الواجب قانوناً ، ولا ينفذ الإبراء إلا من ثلـــث الـــتركة ، ويجـــوز للموصـــى الرجوع فيه قبل موته ويسقط إذا مات الموصى له قبل موت الموصى . [1]

٥٢٤- **إبــراء المــريض مــرض المــوت** :

وإذا صـــدر الإبـــراء من الدائن وهو فى مرض موته لم يشترط أن يكـــون الإبراء فى شكل وصية ، ولكن تسرى عليه أحكام الوصية من حيث الموضوع [2] ، عملاً بالمادة ١/٩١٦ من القانون المدنى المصرى التى تنص علـــى أنـــه : " ١- كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ، ويكون مقصوداً به التبرع يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية ، أيا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف " .

٥٢٥- **إثبات الإبــراء مــن الديــن** :

على أن الإبراء وإن كان لا يشترط فيه شكل خاص ، إلا أن ذلك لا يمنع أنه تصرف قانونى يخضع للقواعد العامة للإثبات فإذا ادعى المدين أن الدائـــن قد أبرأه من الدين ، وكانت قيمة الدين تزيد على خمسمائة [3] جنيه ،

---

(١) أســـتاذنا الدكـــتور عـــبد الـــرازق حسن فرج : فقرة ٦١ ص ٩٢ ، أ.د عبد المنعم الـــبدراوى : فقـــرة ٣٩٥ ص ٤١٧ وكذلـــك هـــامش ١ مـــن هـــذه الصفحة ، أ.د جـــلال محمـــد إبراهـــيم : فقـــرة ١١٠ ص ١٩٥ ، أ.د مصـــطفى الجمال : فقرة ١٣٣ ص ٢١٢ ، أ.د فتحى عبد الرحيم : فقرة ٣٣٣ ص ٣٩٩ .

(٢) أ . د عـــبد الـــرزاق الســـنهورى : فقـــرة ٥٨٠ صـــــ ٩٧٠ ، ٩٧١ ، أســـتاذنا الدكـــتور عـــبد الـــرازق حســـن فـــرج : فقـــرة ١٢ صـــ ٩٣ ، أ . د فتحى عبد الرحيم : الموضع نفسه .

(٣) المـــادة ١/٦٠ مـــن قـــانون الإثـــبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨م المعدلة بالمادة الأولى مـــن القـــانون رقـــم ١٨ لســـنة ١٩٩٩م إذ نصـــاب الإثبات بالكتابة كان فى ظل القـــانون ٢٥ لســـنة ١٩٦٨م ، هـــو مـــا يزيد على عشرين جنيهاً ، ثم صار مائة جنـــيه بالقـــانون رقـــم ٣٢ لســـنة ١٩٩٢م ، ثم صار ٥٠٠ جنيه بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩م .

لــم يجــز لـــه إثبات الإبراء إلا بالكتابة ، أو ما يقوم مقامها ، على أن هذه الكتابة أو الشكلية لا تعد ركنا فى الإبراء ، وإنما هى وسيلة لإثباته .

أمـــا إذا كان كانت قيمة الدين تقل عن ٥٠٠ جنيه جاز للمدين إثبات الإبراء بالبينة أو بالقرائن .[1]

٥٢٦- المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى :

إذا نظرنا إلى شروط الإبراء من الدين فى كل من الفقه الإسلامى ، والقانون المدنى لما وجدنا خلافاً يذكر بينهما ولعل أهم مظاهر الاتفاق بينهما ما يأتى :

١) إنـــه يشترط فى المبرئ ــ فى كل منهما ــ أن يكون أهلاً للتبرع ، بأن يكـــون بالغاً عاقلاً غير محجور عليه ، فإذا كان صبياً ، أو مجنوناً ، فلا يصح إبراؤه ، لأن الصبى والمجنون ليسا من أهل التبرع .

٢) إنه يشترط فى المبرئ أن يكون راضياً مختاراً ، فإن أكره المبرئ على الإبراء فإن إبراءه ــ والحالة هذه ــ لا يصح .

٣) كذلـــك يشـــترط فى المبرئ ألا يكون مريضاً مرض الموت ، فإذا كان المبرئ مريضاً مرض الموت عد إبراؤه وصية وأخذ أحكامها .

٤) كذلك يشترط فى الدين المبرأ منه ــ فى كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنـــى أن يكـــون ثابتاً وموجوداً وقت الإبراء ، وذلك لأن الإبراء عن الحق قبل وجوده لا يصح .

---

(١) أ.د السـنهورى : فقـرة ٥٨٠ ص ٩٧١ ، أ.د عـبد المـنعم الـبدراوى : فقـرة ٣٩٦ ص ٤١٧ ، أسـتاذنا الدكـتور عـبد الـرازق حسـن فرج : فقرة ٧١ صـ ١٠١ ، أ . د فـتحى عـبد الرحـيم : فقـرة ٣٣٣ صـــ ٣٩٩ ، ا . د جـلال محمـد ابراهـيم : فقـرة ١١٠ صـــ ١٩٤ ، ١٩٥ ، أ . د سـعيد عـبد السلام صـــ ٣٤٢

المبحث الثالث

آثار الإبــراء مـن الديـن فـى الفقـه الإسلامـى والقانــون المدنــى

٥٢٧- **تمهـيد وتقسـيم** :

إذا تـم الإبراء مستوفياً لأركانه وشروطه ، فإنه يترتب عليه انقضاء الديــن محــل الإبــراء ، كما يترتب عليه أيضاً انقضاء التأمينات الشخصية والعينية الخاصة بهذا الدين .

وعلى ذلك فينقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلــب الأول : انقضــاء الديــن محل الإبراء فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المطلــب الثانى : انقضاء توابع الدين وتأميناته فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المطلب الأول

انقضـاء الدين محل الإبـراء فى الفقـه الإسـلامى والقـانون المـدنى

٥٢٨- ويشتمل على فرعين :

الفرع الأول : انقضاء الدين محل الإبراء فى الفقه الإسلامى.

الفرع الثانى : انقضاء الدين محل الإبراء فى القانون المدنى.

* المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الفـرع الأول

انقضـاء الديـن محـل الإبــراء فى الفقــه الإسـلامى

٥٢٩- إذا تم الإبراء مستوفياً لأركانه ، وما يتصل به من شروط ترتب على ذلك انقضاء الدين ، وسقوطه ، وبراءة ذمة المدين منه بحيث لا يجوز للدائن أن يطالبه بعد ذلك ، عملاً بالقاعدة الكلية التى تقرر أن الساقط لا يعود [(١)] ، وهــذا ما قررته المادة ٢٢٤ من مرشد الحيران التى تنص على أنه : " من

---

(١)الأشباه والنظائر لابن نجيم ص: ٣١٨ ، المادة ٥١ من مجلة الأحكام العدلية.

أبرأ شخصاً من حق له عليه يصح الإبراء عنه سقط عن المبرأ ذلك الحق " والمادة ١٥٦٢ من مجلة الأحكام العدلية التى تنص على أنه : " إذا أبرأ واحد آخر من حق ، سقط ذلك الحق، ولا يبقى له أن يدعى به " (١) .

٥٣٠- والديون التى تسقط بالإبراء هى تلك الديون التى كانت قائمة فعلاً وقت الإبراء ، أما ما قد يحدث من الديون بعد ذلك فلا يتناوله الإبراء ، إذ لا يصح الإبراء عن الحق قبل لزومه ، وعلى ذلك فلا تقبل دعواه بدين سابق عن وقت الإبراء (٢) ، وهذا ما قررته المادة ١٥٦٣ من مجلة الأحكام العدلية التى تنص على أنه : " الإبراء لا يشمل ما بعده ، يعنى إذا أبرأ واحد آخر فإنما تسقط حقوقه التى كانت قبل الإبراء ، وله أن يدعى بحقوقه الحادثة بعد الإبراء " (٣) .

٥٣١- وإذا كانت القاعدة أن الدعوى بالدين لا تسمع بعد الإبراء العام إلا أن الحنفية قد استثنوا بعض المسائل وقالوا : إن الدعوى تسمع فيها بعد الإبراء العام ، وهذه المسائل هى :

١- ادعاء ضمان الدرك فى البيع السابق للإبراء ، وذلك لأن البيع وإن كان سابقاً على الإبراء ، إلا أن الحق ، وهو الضمان لم يحدث إلا

---

(١) شرح المجلة لسليم رستم باز ص ٨٤٩ ، أ.د صبحى محمصانى : المرجع السابق جـ ٢ ص ٣٠٩ ، أستاذنا الدكتور عبد الرازق حسن فرج : المرجع السابق فقرة ١٦٤ ص ٢١٦ .

(٢) تنبيه ذوى الإفهام ـ من مجموعة رسائل ابن عابدين جـ ٢ ص ٩٠ بدون طبعة ، شرح الخرشى على مختصر خليل جـ ٦ صـ ١٠٠ ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٤١١ ، رسالة فى مسائل الإبراء لابن نجيم ، وهى رسالة ضمن رسائل ابن نجيم ص ٣٢٤ طبعة دار الكتب العلمية بيروت ـ لبنان ـ الطبعة الأولى ١٤٠٠هـ ١٩٨٠م .

(٣) شرح المجلة لسليم رستم باز : ص ٨٥١ نقلاً عن الفتاوى الحامدية وفيه : (... وإن ادعى بعد الإبراء حقاً وأقام بينة ، فإن أرخ وكان التاريخ قبل البراءة لا تسمع دعواه ، ولا تقبل بينته ، وإن كان التاريخ بعد البراءة تسمع دعواه وتقبل بينته ، وإن لم يؤرخ بل أبهم إبهاماً فالقياس أن تسمع دعواه ويحمل ذلك على حق واجب له بعد البراءة ، وفى الاستحسان لا تسمع دعواه) .

بعد الإبراء ، فتسمع الدعوى استحساناً. [1]

٢- إذا بلــغ القاصر فأبرأ وصيه من كل حق ، ثم ظهر له شيء لم يكن يعلمه ، سمعت دعواه ، لأن التناقض مغتفر فيما فيه خفاء .

٣- إذا أقر الموصى أنه استوفى جميع ما كان للميت على الناس جميعاً ، ثم ادعى على رجل ديناً للميت سمعت دعواه لارتفاع التناقض بسبب وجود الخفاء .

٤- إذا أقر الوارث أنه استوفى جميع ما كان للمورث على الناس جميعاً ، ثــم ادعــى لمورثه ديناً على آخر ، سمعت دعواه ، لأن التناقض مغتفر فيما فيه خفاء . [2]

٥٣٢- **الإبــراء عــن بعــض الديــن** :

إذا كـــان الدائـــن قد أبرأ المدين عن بعض الدين فقد سقط الدين عن المدين بالقدر الذى تناوله الإبراء .

علـــى أن الإبـــراء عـــن بعـــض الدين قد يكون مقيداً بأداء المدين الـــباقى منه فى وقت معين ففى هذه الحالة إذا قام المدين بأداء الجزء الباقى مـــن الديـــن فى حينه برئ من الدين كله وإن لم يؤده فلا يبرأ ، ويبقى عليه الدين كله . [3]

---

(١) ويمكـــن توضـــيح هـــذه المســـألة بالمثال الآتى : أن يشترى رجل شيئاً من آخر ، فيضـــمن لـــــه ثالــث الـــدرك (أى : يضمن لــــه الثمن إذا ظهر المبيع مستحقاً) ثـم بعـد ذلـك يـبرئ المشـترى الضـامن ابراء عاماً ، بأن يقول لــه : أبرأتك مـن كـل حـق لـى قبلك ، فإذا ظهر ــ بعد ذلك أن المبيع مستحقاً كان من حق المشـترى أن يـرجع بالثمـن علـى الضـامن على الرغم من هذا الإبراء ؛ لأن البـيع وإن كـان مـتقدماً علـى الإبـراء ، إلا ان المشـترى لـم يكن لــه حق الـرجوع بالثمـن وقـت الإبـراء ، لأن حـق الـرجوع يـتوقف علـى وجـود الاسـتحقاق ، ثـم القضـاء للمشـترى علـى الـبائع بالثمن ، وحيث لم يثبت هذا الحـق فـى الحـال لـم يدخـل فى الإبراء المذكور . ينظر : شرح المجلة لسليم رستم باز ص ٨٥١ .

(٢) تنبيه ذوى الأفهام ، وهى رسالة ضمن رسائل ابن عابدين جـ ٢ ص ٩١ .

(٣) الفـتاوى الهـندية جــ ٤ ص ٢٣٤ وفـيه : (مـن لـه على آخر ألف درهم ، فقـال : ادفـع إلـى غـداً منها خمسمائة على أنك برئ من الفضل ، ففعل ، فهو بـرئ ، فـإن لـم يدفـع إلـيه خمسمائة غدا عادت الألف عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى) .

كما أن الإبراء عن بعض الدين قد يكون مقيداً بأداء المدين الباقي منه ، دون أن يحـدد للأداء وقت معين ، ففي هذه الحالة يبرأ المدين سواء أدى الجزء الباقي أو لم يؤده . (١)

٥٣٣- الإبـراء مـن الديـن التضامنـي :

إذا أبـرأ الدائن جميع المدينين المتضامنين فالأمر واضح ، إذ يسقط الدين عنهم جميعاً ، وتبرأ ذمتهم منه . (٢)

أمـا إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين فقط ، فإن لدين ينقضي بالنسـبة للمديـن المبرأ فقط ، ولا يحق للدائن ـ بعد ذلك ـ أن يرجع عليه بشيء ، أما بالنسبة لباقي المدينين المتضامنين فإن الدين لا ينقضي إلا بقدر ما على المدين المبرأ من الدين ، وبالتالي يحق للدائن أن يرجع على من شاء منهم بباقي الدين ، بعد استنزال حصة المدين المبرأ . (٣)

---

(١) الفـتاوى الهـندية جـ ٤ ص ٢٣٤ ، وفـيه : (ولـو قـال : حططـت عـنك خمسـمائة علـى أن تـنقد لـي خمسـمائة ، ولم يوقت لذلك وقتاً ، إذا قبل الغريم ذلك برئ عن خمسمائة أعطاه الباقي أو لم يعطه ...) .

(٢) الدكـتور سيد عبد الله على : المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية والتشريع الإسلامي جـ ٢ صـ ٣٦ ، طبعة دار إحياء الكتب العربية الطبعة الأولى ١٩٤٧م الدكـتور صـابر محمد سيد في رسالته توثيق الدين بتضامن الملتزمين به في الفقه الإسـلامي والقـانون المدني صـ ٢٩١ ، وهي دكتوراه من كلية الشريعة والقانون سنة ١٤١٣هـ/١٩٩٣ .

(٣) التهذيب للبغوي جـ ٤ ص ١٨٢ وفيه : (... إذا ... باع عبداً من رجلين بمائة ، أو أقرض منهما مائة ـ ثم ضمن كل واحد منهما عن صاحبه ما عليه : جاز ، ولرب الدين مطالبة كل واحد بالجميع ، فإن أبرأ أحدهما عن المائة يبرأ عما له عليه ، وعن الضمان ، ويبرأ صاحبه عن الضمان ، ولا يبرأ عن أصل ما عليه)
وأيضـاً : المغـني لابـن قدامـة جـ ٥ ص ٩٢ رقم ٣٥٨٨ ، وفيه : (إذا كان لـه ألـف علـى رجليـن علـى كل واحد منهما نصفه ، وكل واحد منهما ضامن عـن صـاحبه فأبـرأ الغـريم أحدهمـا من الألف ، برئ منه وبرئ صاحبه من ضـمانه ، وبقـي علـيه خمسـمائة ...) وأيضـاً : كشـاف القـناع جـ ٣ ص ٣٧٢ .

الفرع الثانى

انقضاء الدين محل الإبراء فى القانون المدنى

٥٣٤- إذا أبرأ الدائن مدينه من الدين إبراء مستوفياً أركانه وشروطه ، ترتب علــى هــذا الإبراء انقضاء الالتزام ، وبراءة ذمة المدين بالقدر الذى تناوله الإبــراء ، فإن كان الإبراء شاملاً للدين كله انقضى الدين كله ، وإن لم يكن شــاملاً إلا جــزءاً منه انقضى هذا الجزء ، وبقى الجزء الآخر ديناً فى ذمة المدين . (١)

ويذهــب البعض إلى القول بأنه يترتب على الإبراء انقضاء عنصر المســئولية فقــط ، أما عنصر المديونية فيظل قائماً على الرغم من حصول الإبراء ، ويترتب على بقاء عنصر المديونية على هذا النحو ، أن المدين إذا رد الإبــراء فــإن رده هذا لا يعد تصرفاً تبرعياً وإنما هو يعد برده هذا إلى الالــتزام عنصــر المسئولية ، أما عنصر المديونية فقد كان قائماً لم ينقض الإبراء . (٢)

٥٣٥- **الإبــراء مـن الديـن التضامنـى** :

إذا وقــع الإبــراء مــن الدين التضامنى فإما أن يبرئ الدائن جميع المدينين المتضامنين ، وإما أن يبرئ بعضهم فقط :

- فإذا أبرأ الدائن جميع مدينيه المتضامنين فلا صعوبة فى هذه الحالة ، إذ ينقضى الدين بالنسبة إليهم جميعاً . (٣)

---

(١) أســتاذنا الدكــتور عــبد الــرازق حســن فــرج : المرجع السابق فقرة ١٣٣ ص ١٨٢ ، أ.د جــلال محمــد إبراهــيم فقــرة ١١٢ ص ١٩٦ ، ١٩٧ ، أ.د ســعيد سعد عبد السلام : المرجع السابق ص ٣٤٣ .

(٢) يــنظر فــى إيــراد هــذا الرأى : أ.د إسماعيل غانم : النظرية العامة للالتزام ــ الجــزء الــثانى ــ أحكــام الالــتزام والإثــبات ص ٤٢٩ هــامش ١ ، الناشر : مكتــبة عــبد الله وهــبة ســنة ١٩٦٧م ، ويــنظر فى نقده : أستاذنا الدكتور عبد الرازق حسن فرج : فقرة ١٣٣ ص ١٨٤ ــ ١٨٥ .

(٣) أ.د عــبد الفــتاح عــبد الــباقى : مرجع سبق فقرة ١٤٩ ص ١٨٢ ، د على أحمد علــى : تضــامن المدينيــن ص ١٧٦ وهــى دكــتوراه مــن كلية الحقوق جامعة عين شمس سنة ١٤١٤هـ ١٩٩٣م .

- أمـــا إذا أبرأ الدائن بعض مدينيه المتضامنين ، أو أحدهم ، فلا ينقضى الدين بالنسبة إليهم جميعاً ، وإنما ينقضى ـــ فقط ـــ بنسبة حصة المدين المـــبرأ ، وذلك لأنه يلزم للقول بحصول الإبراء بالنسبة إلى كل المدينين المتضامنين أن يصرح الدائن أنه يريد بذلك إبراء الجميع وهذا ما قررته المـــادة ٢٨٩/ ١ الـــتى تـــنص على أنه : " إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين فلا تبرأ ذمة الباقين إلا إذا صرح الدائن بذلك " .

فـــإذا لـــم يصــــرح الدائن أنه يريد إبراء جميع الدائنين المتضامنين اقتصـــر الإبراء على المدين المبرأ دون الباقى ، فلا يكون للدائن أن يطالب المديـــن المـــبرأ بشىء ما ، أما بالنسبة لبقية المدينين المتضامنين فإنه يكون للدائن أن يطالب أيا منهم بما تبقى من الدين بعد خصم حصة المدين المبرأ(١) ومع ذلك يكون من حق الدائن أن يحتفظ بحقه فى الرجوع على بقية المدينين المتضـــامنين أو أحدهم بكل الدين بما فى ذلك حصة المدين المبرأ ، دون أن يكون لهم الحق فى التمسك بالإبراء ولو بقدر حصة المدين المبرأ ، بل يتعين علـــيهم الوفـــاء بالدين كاملاً غير أنه يحق لمن قام بالوفاء منهم ـــ فى هذه الحالة ـــ أن يرجع على المدين المبرأ بحصته من الدين (٢) ، وحينئذ تقتصر

---

(١) أ.د عـــبد الـــرازق الســـنهورى : الوســـيط جــ ٣ ص ١٩٣ ص ٣٢١ ، أ.د عبد الحـــى حجـــازى : فقـــرة ٨١ ص ٥٩ ، أ.د محمـــود جمال الدين زكى : مرجع ســـبق ذكـــره فقـــرة ١٣٢ ص ١٥٤ ، أ.د عـــبد الفـــتاح عبد الباقى : مرجع سبق ذكـــره فقـــرة ١٤٩ ص ١٨٢ ، أ.د جمـــيل الشـــرقاوى : النظرية العامة للالتزام ـــ الجـــزء الـــثانى : أحكـــام الالـــتزام : فقـــرة ٦٢ ص ٢٠٩ ـــ ٢١٠ ، الناشر : دار النهضـــة العربـــية ســـنة ١٩٨١م الدكـــتور عبد القادر الفار : أحكام الالتزام : مرجع سبق ذكره ص ١٨٠ .

(٢) أد عـــبد الـــرزاق الســـنهورى : المـــرجع السابق فقرة ١٩٣ ص ٣٢١ ـــ ٣٢٢ ، أ.د عـــبد الحـــى حجـــازى : فقـــرة ٨١ ص ٥٩ ، أ.د عـــبد الفـــتاح عبد الباقى : مـــرجع ســـبق ذكـــره فقـــرة ١٤٩ ص ١٨٢ ، أ.د محمـــود جمـــال الدين زكى : المـــرجع الســـابق : فقـــرة ١٣٢ ص ١٥٤ ، ١٥٥ ، أســـتاذنا الدكـــتور عـــبد الـــرازق حســـن فـــرج : فقـــرة ١٣٦ ص ١٨٨ ـــ ١٨٩ ، أ.د محمد لبيب شنب : مرجع سبق ذكره : ص ١٩٧ هامش ٢ .

الفائدة التى تعود على المدين المبرأ على امتناع مطالبة الدائن له ، فلا يعنى عن دفع حصته فى الدين للمدين الذى قام بالوفاء بكل الدين . [1]

وهــذه الأحكام قررتها المادة ٢/٢٨٩ التى تنص على أنه : " فإذا لم يصــدر منه هذا التصريح لم يكن له أن يطالب باقى المدينين المتضامنين إلا بمـا يـبقى مـن الدين بعد خصم حصة المدين الذى أبرأه ، إلا أن يكون قد احـتفظ بحقه فى الرجوع عليهم بكل الدين ، وفى هذه الحالة يكون لهم حق الرجوع على المدين الذى صدر الإبراء لصالحه بحصته من الدين " .

وإذا أعسر أحد المدينين المتضامنين كان لمن قام بالوفاء منهم الحق فــى الــرجوع على المدين المبرأ بنصيبه من حصة المدين المعسر (المادة ١/٢٩١ مدنــى) إلا إذا اتضــح أن الدائن قد أخلى المدين الذى أبرأه من كل مســئولية ، فإن الدائن ــ والحالة هذه ــ هو الذى يتحمل نصيب هذا المدين فى حصة المدين المعسر [2] (المادة ٢/٢٩١ مدنى) .

٥٣٦- المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى :

إذا نظــرنا إلــى موقف الفقه الإسلامى والقانون المدنى من انقضاء الديــن كأثــر من آثار الإبراء لما وجدنا خلافاً يذكر بينهما . إذ إن القانون المدنــى يــتفق والفقــه الإسلامى فى أنه إذا أبرأ الدائن مدينه إبراء مستوفياً شــروطه وأركانه ترتب على ذلك انقضاء الدين ، وبراءة ذمة المدين بالقدر الــذى تناوله الإبراء ، فإن كان الإبراء شاملاً للدين كله انقضى الدين كله ، وإن كان مقتصراً على جزء منه انقضى هذا الجزء ، وبقى الجزء الآخر ديناً فى ذمة المدين .

كما يتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فى أنه إذا كان المدينون

---

(١) أســتاذنا الدكــتور عــبد الــرازق حسن فرج : مرجع سبق ذكره فقرة ١٢٦ صــ ١٨٩ ، ١٩٠ ، أ . د عبد القادر الفار : مرجع سبق ذكره صــ ١٨١ .

(٢) أ.د السـنهورى : فقــرة ١٩٢ ص ٣١٨ ، أ.د عــبد الحــى حجــازى : فقرة ٨٧ ص ٦١ ، أ.د إســماعيل غــانم : مــرجع ســبق ذكره فقرة ١٦٩ ص ٣٢٧ ، أ.د ســليمان مــرقس : أحكــام الالــتزام : فقرة ٢٨٣ ص ٢٨٣ ، الناشر : دار النشر للجامعات سنة ١٩٥٧م ، أ.د محمد لبيب شنب : ص ١٩٨ بالهامش .

متضـــامنين فإن أبرأ الدائن جميع الدائنين سقط الدين عنهم جميعاً ، وبرئت ذمتهم من الدين ، وإن أبرأ أحدهم فقط سقط الدين بالنسبة للمدين المبرأ فقط ، أمـــا باقى المدينين الآخرين فإن الدين لا يسقط عنهم إلا بنسبة حصة المدين المـــبرأ فقـــط ، ويحـــق للدائن أن يرجع على من شاء منهم بباقى الدين بعد استنزال حصة المدين المبرأ .

المطلب الثانى

انقضاء توابع الدين وتأميناته فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٥٣٧- ويشتمل على فرعين :

الفـــرع الأول : انقضـــاء تأميـــنات الديـــن فـــى الفقـــه الإسلامى.

الفـــرع الـــثانى : انقضـــاء توابـــع الديـــن وتأميـــناته فـــى القانون المدنى .

* المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الفـرع الأول

انقضاء تأمينات الدين فى الفقه الإسلامى

٥٣٨- إذا أبـــرأ الدائن مدينه ترتب على هذا الإبراء ــ علاوة على انقضاء الديـــن ــ انقضـــاء ســـائر التأميـــنات التى تضمن الدين ، سواء كانت هذه التأمينات شخصية كالكفالة أو عينية كالرهن :

٥٣٩- **أولاً : انقضاء التأمينات الشخصية للدين** :

إذا أبـــرأ الدائن مدينه من الدين ، وكان هذا الدين مضموناً بالكفالة ، ترتب على ذلك براءة ذمة المدين ، وتبرأ ــ تبعاً لذلك ــ ذمة الكفيل ، وهذا الحكم متفق عليه بين الفقهاء . (1)

---

(١) الـــبحر الـــرائق جـــ ٥ ص ٢٤٥ ، وفـــيه : (ولـــو أبر الأصيل ... برئ الكفيل ... لمـــا قدمـــناه مـــن أنـــه يلزم من إبراء الأصيل إبراؤه ...) البناية على ===

ولعــل السبب فى براءة ذمة الكفيل فى هذه الحالة هو أن ذمة الكفيل إنما كانت مشغولة بالتبعية لشغل ذمة المدين ، فإذا برئت ذمة المدين ، برئت ــ تــبعاً لذلــك ــ ذمة الكفيل ، لأن التابع يسقط بسقوط المتبوع ، كما هو مقرر فى قواعد الفقه . (١)

أضـــف إلى ذلك أن الكفيل مطالب فقط (أى عليه عنصر المسئولية فقط)أما المدين فعليه الدين بعنصرية المديونية ، والمطالبة (المسئولية) فإذا ســقط التزام المدين بالإبراء سقط ــ تبعاً له ــ التزام الكفيل ، لأنه لا يمكن قيام المطالبة إذا سقطت المديونية . (٢)

٥٤٠ـ وإذا قام المدين برد الإبراء عاد الدين إلى ذمته مرة أخرى، ولكن هل تعود المطالبة على الكفيل فى هذه الحالة ؟

اختــلف الفقهــاء فـــى ذلك عــلى رأيــين :

=== الهدايــة جــــ ٦ ص ٧٥٤ ، مجمــع الأنهــر جــــ ٢ ص ١٣٣ ، جواهر الإكلــيل للأبــى جــــ ٢ ص ١١١ وفــيه : (وإن برئ من الدين الأصل .. برئ الضـــامن ، لأن طلــبه فــرع ثــبوت الديــن على المضمون) منح الجليل جــ ٢ ص ٢٥٧ ، الوســيط فــى المذهــب للغــزالى جــ ٣ ص ٢٤٧ وفيه : (... ولو أبــرأ الأصــيل بــرئ الكفــيل ...) والتهذيــب للبغوى جــ ٤ ص ١٨١ ، مغنى المحــتاج جــــ ٢ ص ٢٠٨ ، حاشــية الجمــل علــى شــرح المنهج جــ ٥ ص ٢٦٢ - ٢٦٣ ، المغــنى لابــن قدامــة جــــ ٥ ص ٨٣ مسألة رقم ٣٥٧٩ وفيه : (وإن أبــرأ صــاحب الديــن المضــمون عــنه برئــت ذمة الضامن لا نعلم فيه خلافــاً ..) الشــرح الكبــير علــى متــن المقنــع جــــ ٥ ص ٧٣ وهو مطبوع أســفل المغــنى ، الــبحر الــزخار جــ ٥ ص ٧٤ وفيه : (وتسقط بسقوط ما على المكفــول بــه كــبراء ضــمين الدين ببراء الأصل ، إذ هو فرع بخلاف العكس) و جــــ ٥ ص ٧٨ ، جــامع المقاصــد جــــ ٥ ص ٣٩١ وفـــيه : (وبإبــــراء المســتحق لأحدهمــا ، أمــا الكفــيل فظاهــر ، وأمــا المكفــول فلســقوط الحق المقتضــى لــبطلان الكفالــة) شــرح النيل وشفاء العليل جــ ٩ ص ٤٨١ وفيه : (إن أبرأ الذى عليه الأصل ، فهى تبرئة للحميل) .

(١) الأشــباه والــنظائر لابــن نجــيم : ص ١٢١ ، الأشــباه والنظائر للسيوطى : ص ١١٩ وفــيه : (يقــرب مــن ذلــك قولهــم : الفرع يسقط إذا سقط الأصل ، ومن فــروعه : إذا بــرئ الأصــيل بــرئ الضـــامن لأنــه فرعه ، فإذا سقط الأصيل سقط ، بخلاف العكس) .

(٢) بدائع الصنائع جــ ٦ ص ١١ ، مجمع الأنهر جــ ٢ ص ١٣٣ .

الأول : يقول بعودة المطالبة على الكفيل مرة أخرى .

والثـــانى : يقول إنه إذا سقطت المطالبة بالإبراء ، فلا تعود مرة ثانية على الكفيل إذا قام المدين برد الإبراء . (١)

٥٤١- ثانياً : انقضاء التأمينات العينية للدين :

إذا أبــرأ الدائن المدين من الدين ، وكان هذا الدين مضموماً برهن ، انقضـــى الديـــن بالإبـــراء وســـقط ، وترتـــب على سقوطه ، سقوط الرهن وانقضـــاؤه ، وذلك لأن الدين أصل ، والرهن تبع وسقوط الأصل يستوجب سقوط التبع . (٢)

هـــذا إذا كـــان إبراء الدائن المدين من الدين إبراء كلياً ، أما إذا كان

---

(١) لـم أقـف علـى هـذه المسألة إلا عند الأحناف فقط ، أما غيرهم فلم يتعرضوا لها بذكـر ، ولكـن يـبدو أن الـذى يـتفق مع أحكام الكفالة عندهم هو أن المطالبة لا تعـود إلـى الكفـيل مـرة أخـرى إلا إذا رضى بذلك ، ذلك أنه من المقرر عند الفقهـاء أن الكفالـة تنـتهى بسـقوط الديـن عن المدين (المكفول عنه) بالإبراء وأن رضـى الكفـيل شـرط لانعقـاد الكفالـة ، فإذا رد المدين الإبراء رجع الدين إلـى ذمـته ولكـن الكفـيل لا يطالـب بـه إلا إذا رضى بهذه الكفالة من جديد ، يـنظر فـى ذكـر الأحـناف لهـذا الخلاف : البدائع جـ ٦ ص١١ وفيه : (إلا أن إبـراء الأصـيل يـرتد بالـرد ، وكـذا الهـبة مـنه والتصدق عليه ... وإذا ارتـدت هـذه التصـرفات عـاد الديـن إلى ذمته ، وهل تعود المطالبة بالدين إلى الكفـيل ؟ اخـتلف المشـايخ فـيه ..) وأيضاً : البحر الرائق جـ ٥ ص٢٤٦ ، مـنحة الخـالق علـى الـبحر الـرائق لابـن عابديـن جــ ٥ ص ٢٤٦ وهى مطبوعة بهامش البحر الرائق .

ويـنظر فـى انـتهاء الكفالـة بسقوط الدين عن المدين : البحر الرائق جـ ٥ ص ٢٤٥ ، الشـرح الكبـير للدرديـر جــ ٣ ص ٣٣٦ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٢٠٨ ، المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ٨٣ ، رقم ٣٥٧٩ .

ويـنظر فـى اشـتراط رضـا الكفـيل بالكفالـة : المبسوط للسرخسى ، جـ ٢٠ ص ٣ ، الشـرح الصـغير للدرديـر جــ ٣ ص ١٧٢ ، المهـذب للشـيرازى جــ ١ ص ٣٤٠ ، المغـنى لابـن قدامـة جـ ٥ ص ٧١ ، المحلى جـ ٨ ص ١١١ ، شرائع الإسلام جـ٢ ص ١٠٧ .

(٢) رد المحـتار جــ ٦ ص ٥٢٤ ، ٥٢٥ ، المهـذب للشـيرازى جـ ٢ ص ٨٩ ، المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٤٧٩ رقم ٣٣٨٦ .

الدائــن قــد أبــرأ مدينه من جزء من الدين ، فالرهن ــ والحالة هذه ــ لا ينقضــى بــل يبقى جميع الرهن ضامناً ما تبقى من الدين عملاً بقاعدة عدم تجزئة الرهن وهذه القاعدة قد قال بها السواد الأعظم من الفقهاء . (١)

الفرع الثانى
انقضاء توابع الديـن وتأميناته فى القانون المدنى

٥٤٢- إذا أبــرأ الدائــن مدينه من الدين الذى فى ذمته انقضى هذا الدين ، وانقضــى تــبعاً لذلك توابع الدين ، وهى تتمثل فى الفوائد ،والمصروفات ، ونفقات الوفاء كما تسقط ــ أيضاً ــ التأمينات التى قد تكون ضامنة للدين ، ســواء كانت هذه التأمينات شخصية ، أو عينية ، وسوف ألقى بعض الضوء على كل ما تقدم ، وذلك فيما يأتى :

٥٤٣- **أولاً : انقضاء توابع الديـن :**

تتمثل توابع الدين فى فوائده ، ومصروفاته ، ونفقات الوفاء به :

١- انقضـــــاء فوائــد الديــن : إذا كان محل الدين مبلغاً من النقود ، وحل أجلــه ، ولــم يقم المدين بالوفاء فى الأجل المحدد ، كان المدين ملزماً بدفع الفوائد عن التأخير فى الوفاء ، سواء أكانت هذه الفوائد قانونية (المادة ٢٢٦ مدنى) أم فوائد اتفاقية (المادة ٢٢٧مدنى) . (٢)

فإذا حدث وأبرأ الدائن المدين من هذا الدين ، فإن هذا الدين ينقضى

---

(١) يراجع أنفا فقرة ٤١٠ من هذه الرسالة .

(٢) أ.د إســماعيل غــانم : فــى الــنظرية العامــة للالــتزام جــ ٢ أحكــام الالتزام والإثــبات فقــرة ٥١ ص ١٢٧ ومــا بعدهــا أ.د عــبد الفتاح عبد الباقى : دروس فــى أحكــام الالــتزام : مــرجع ســبق ذكــره فقرة ٥٩ وما بعدها ص ٧٣ وما بعدهــا ، أ.د أحمــد ســلامة : مذكــرات فــى نظرية الالتزام ــ الكتاب الثانى : أحكــام الالــتزام فقــرة ٣٥ ومــا بعدهــا ، ص ٦٠ ومــا بعدها ، أ.د سمير عبد الســيد تــناغو : نظــرية الالــتزام فقــرة ٣٠٥ ص ٤١٧ ومــا بعدها ، أ.د عبد المجــيد الحكــيم : الموجــز فــى شرح القانون المدنى (العراقى) ــ الجزء الثانى : أحكــام الالــتزام : فقــرة ٩١ ومــا بعدهــا ص ٦١ ومــا بعدهــا ، أ.د جلال العدوى : أصول أحكام الالتزام والإثبات : ص ٧٤ وما بعدها .

وتنقضـــى ـ تـــبعاً لذلـــك هذه الفوائد ، وإذا رد المدين الإبراء ، عاد الدين وفوائده إلى ذمة المدين . [١]

٢- **انقضـــاء مصروفات الدين ، ونفقات الوفاء :** ويسقط بالإبراء تبعاً لسقوط الدين مصاريف الدين ، وهى المصاريف التى أنفقها فى إنشاء الدين ، وكذلك نفقات الوفاء بالدين ، ومن أمثلة نفقات الوفاء بالدين ، نفقات إرسال الدين إلى الدائـــن ، ونفقات المخالصة ، ونفقات الشيك ، أو الحوالة البريدية ، ونفقات الوزن والعد والكيل .[٢]

٥٤٤- **ثانياً** : **انقضاء التأمينات الشخصية للدين** :

إذا أبرأ الدائن مدينه من الدين ، وكان هذا الإبراء مضموناً بكفالة ، فإنه ـ والحالة هذه ـ ينقضى التزام المدين بالإبراء ، وينقضى التزام الكفيل تبعاً له [٣] ، غير أنه إذا أبرأ الدائن مدينه المفلس عن بعض دينه عن طريق الصلح معه ، فإن هذا الإبراء لا يستفيد منه الكفيل ، ومن ثم لا تبرأ ذمته من الدين ، وذلك لأن الكفالة لا تظهر فائدتها إلا عند إفلاس المدين إذ إن فائدتها تتمثل فى قيام الكفيل بالوفاء بالدين عند عجز المدين الأصلى عن الوفاء به ، أضـــف إلـــى ذلك أن الإبراء ـ أساساً ـ يقوم على فكرة التبرع ، والدائن عندما يبرئ مدينه المفلس عن جزء من الدين عن طريق الصلح معه ، فهو

---

(١) أســـتاذنا الدكـــتور عـــبد الـــرازق حســـن فرج : مرجع سبق ذكره فقرة ١٤٠ ص ١٩٥ .

(٢) أ.د لســـنهورى : الوسيط جـ ٣ فقرة ٤٥٨ ص ٧٧٦ ، أستاذنا الدكتور عبد الرازق حسن فرج : فقرة ١٤١ ص ١٩٦ .

(٣) أ.د الســـنهورى : جـــ ١٠ صــــ ٢٢٧ ، أ.د محمـــد لبيـــب شنب :دروس فى التأميـــنات العينـــية والشخصـــية : فقـــرة ٣١٩ ص ٢٧٤ ، أســـتاذنا الدكتور عبد الـــرازق حســـن فـــرج : فقـــرة ١٥٩ ص ٢١١ ، أســـتاذنا الدكـــتور عبد الخالق حســـن أحمـــد:الكفالـــة : فقـــرة ٢٨ ص ٢٥٠ ، أ.د رمضان أبو السعود : الوسيط فـــى التأميـــنات الشخصـــية والعينـــية جـــ١ التأمينات الشخصية والرهن الرسمى ـ ص ١٢٦ . أ.د ســـمير عـــبد الســـيد تـــناغو : التأميـــنات الخصـــية والعينية : فقـــرة ٤٦ ص ١٠١ ، د أحمـــد محمـــود ســـعد : عقد الكفالة ص ٣٤٣ ـ الناشر : دار النهضة العربية ـ الطبعة الأولى سنة ١٤١٥هـ ١٩٩٤م .

فـــى هذه الحالة لا يتبرع ، ولكنه يأمل من وراء هذا الإبراء أن يحصل على أكـــبر حصـــة ممكنة من حقه ، وأن يتفادى ما قد يؤدى إليه الاستمرار فى إجراءات الإفلاس من تدهور مركز المدين . (١)

ويـــرى فقهاء القانون المدنى (٢) أن المدين إذا رد الإبراء عاد الدين إلـــى ذمـــة المدين بأثر رجعى ، وعادت معه تأميناته ، ومن هذه التأمينات الـــتزام الكفيل ، ومع ذلك فإنه يجوز للكفيل أن يطعن فى رد المدين للإبراء بالدعوى البولصية ، إذا توافرت شروط هذه الدعوى فى رد الإبراء وإذا ما نجـــح الكفيل فى الطعن فى رد الإبراء الصادر من المدين برئت ذمته ، ولا يعود بعودة التزام المدين . (٣)

٥٤٥- **ثالثاً : انقضاء التأميـنات العينيـة :**

إذا أبرأ الدائن مدينه من الدين الذى عليه ، وكان هذا الدين مضموناً بتأميـــن عيـــنى كحـــق الرهن الرسمى ، وحق الاختصاص ، وحق الرهن الحـــيازى ، وحـــق الامتياز ، انقضى هذا التأمين تبعاً لانقضاء الدين الذى يضمنه .

٥٤٦- فإذا كان الدين المبرأ منه مضموناً برهن رسمى ، انقضى هذا الرهن تبعاً لانقضاء الدين الأصلى وذلك لأن الرهن ــ لكونه تأميناً عينياً ــ يدور مـــع الديـــن وجوداً وعدماً ، وعلى ذلك : إذا رد المدين الإبراء ، فإنه يرتد بالرد ، ويظل الدين قائماً فى ذمة المدين بجميع التأمينات التى تكفل الوفاء به

---

(١) أ.د السـنهورى جـــ ١٠ فقـرة ٩٠ ص ٢٢٨ ، ٢٢٩ ، أ.د منصـور مصـطفى منصـور : عقـد الكفالـة : فقـرة ٣٥ ص ٧١ ، ٧٢ طـبعة سنة ١٩٦٠م ، أ.د سمير عبد السيد تناغو : فقرة ٤٦ ص ١٠١ .

(٢) أ.د السـنهورى : الوسـيط جـــ ١٠ فقـرة ٩٠ ص ٢٢٨ ، أ.د منصور مصطفى منصـور : فقـرة ٣٥ ص ٧١ ، أ.د أحمـد سـلامة : مذكـرات فـى التأمينات المدنـية : فقـرة ٤٠ ص ٧٠ سـنة ١٩٦١م ــ ١٩٦٢م ، أ.د رمضـان أبـو السعود المرجع السابق ص ١٢٦ .

(٣) أ.د السـنهورى فـى الوسـيط جـــ ١٠ فقـرة ٩٠ ص ٢٢٨ ، أ.د رمضان أبو السعود ــ المرجع والمكان السابقان .

، ومنها الرهن الرسمى . [1]

وإذا زال السـبب الذى أدى إلى انقضاء الدين ، كما لو أبطل الإبراء لعيب فى الرضا ، أو كان الإبراء قد صدر ممن لا تتوافر فيه الأهلية ، فإن الدين ــ والحالة هذه ــ يعود ، ويعود معه الرهن الرسمى ، ويجب فى هذه الحالة ألا تضر عودة الرهن بالحقوق التى كسبها الغير حسن النية فى الفترة مـا بيـن انقضاء الرهن وعودته ، فلأصحاب هذه الحقوق الاحتجاج بها فى مواجهة الدائن المرتهن ، وذلك حماية للغير الحسن النية [2] ، وهذا ما قررته المادة ١٠٨٢ من القانون المدنى التى تنص على أنه : " ينقضى حق الرهن الرسمى بانقضاء الدين المضمون ، ويعود معه إذا زال السبب الذى انقضى بـه الديـن ، دون إخلال بالحقوق التى يكون الغير حسن النية قد كسبها فى الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته) .

وممـا تجدر الإشارة إليه ، والتنبيه عليه أن الإبراء الذى ينقضى به الرهـن الرسـمى تبعاً لانقضاء الدين ، إنما هو الإبراء الكلى ، أما الإبراء الجـزئى فلا يؤدى إلى انقضاء الرهن ، بل يظل الشىء المرهون ضامناً لما تـبقى من الدين ، عملاً بقاعدة عدم تجزئة الرهن التى قررتها المادة ١٠٤١ فى القانون المدنى التى تنص على أنه : " كل جزء من العقار ، أو العقارات المـرهونة ضـامن لكـل الدين ، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو

---

(١) أ.د عـبد الـرزاق السـنهورى : الوسـيط جـ ١٠ فقرة ٣٥٨ ــ ٣٥٩ ص ٦٣٢ ، أ.د محمـود جمـال الديـن زكـى : التأمينات الشخصية والعينية ــ مرجع سبق ذكـره فقـرة ١٨٩ ص ٣٢٨ ، أسـتاذنا الدكـتور عبد الرازق حسن فرج : فقرة ١٤٥ ص ١٩٨ ، أ.د عـبد الناصـر توفـيق العطـار : التأمينات العينية : مرجع سـبق ذكـره فقـرة ٨٠ ص ١٥٩ ، أ.د رمضـان أبـو السـعود : الوسـيط فى التأمينات الشخصية والعينية : جـ ١ ص ٥٢٤ .

(٢) مجموعـة الأعمـال التحضـيرية جـ ٧ ص ١٤٨ ــ ١٤٩ ، أ.د السـنهورى : المـرجع السـابق فقـرة : ٣٤٠ ص ٦١٧ ، أ.د شـمس الديـن الوكيل : نظرية التأميـنات فـى القـانون المدنـى ــ مرجع سبق ذكره فقرة ١٢٢ ص ٢٧٧ ، أ.د توفـيق حسـن فـرج: التأميـنات الشخصـية والعينـية ــ مرجع سبق ذكره فقرة ٢١٤ ص ١٩٦ ، أسـتاذنا الدكـتور بـد الـرازق حسـن فـرج : فقـرة ١٤٧ ص ٢٠١ .

العقارات المرهونة كلها ، ما لم ينص القانون أو يقضى الاتفاق بغير ذلك " .

على أن قاعدة عدم تجزئة الرهن ليست من النظام العام ، فيجوز أن يــتفق على أنه إذا أبرأ الدائن مدينه من جزء من الدين تحرر فى مقابل ذلك جزء من العقار المرهون . (١)

٥٤٧- وبالنسبة لانقضاء حق الاختصاص (٢) ورهن الحيازة ، وحق الامتياز (٣) ، بإبــراء المدين فهو كما فى الرهن الرسمى ، فبالنسبة لحق الاختصاص تــنص المــادة ١٠٩٥ مدنــى علــى أنــه : (يكون للذى حصل على حق الاختصـــاص نفــس الحقــوق التى للدائن الذى حصل على رهن رسمى ، ويســرى علــى الاختصـــاص مـــا يسرى على الرهن الرسمى من أحكام ، وبخاصـــة ما يتعلق بالقيد ، وتجديده ومحوه ، وعدم تجزئة الحق ، وأثره ، وانقضائه ...) .

فيتضـــح مــن هذا النص أن كل ما ينطبق على الرهن الرسمى من حيــث الانقضـــاء ينطبق على حق الاختصاص ، وعلى ذلك إذا أبرأ الدائن مديــنه من الدين المضمون بحق اختصاص انقضى هذا الحق تبعاً لانقضاء الدين المضمون به . (٤)

---

(١) المادة ١٠٤١ من القانون المدنى.

(٢) حــق الاختصـــاص : هــو حــق عيــنى تبعى يتقرر للدائن بأمر من القضاء على عقـــار أو أكــثر مــن عقـــارات المديـــن ، وذلـــك ضماناً للوفاء بدين ثابت للدائن بحكــم واجــب التنفــيذ ، ويكــون للدائـــن بمقتضى هذا الحق أن يستوفى حقه من الديــن ، مــتقدماً علــى الدائنيــن العاديــين ، والدائنيــن التالين له فى المرتبة من هــذا العقـــار ، أو العقـــارات فـــى أية يد تكون : ينظر : أ.د السنهورى جـــ ١٠ فقرة ٣٩٩ ٦٦٠ .

(٣) حــق الامتـــياز : (... أولويـــة يقـــررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته) المادة ١١٣٠ / ١ مدنى

(٤) أ.د الســـــنهورى جـــــ ١٠ الفقـــــرات ٤٩٢ ، ٤٩٣ ، ٤٩٤ ص ٧٣٦ ، أ.د محمـــود جمـــال الديـــن زكـــى : المـــرجع الســـابق : فقرة ٢١١ ص ٣٥٥ ، أ.د توفـــيق حســـن فـــرج : المـــرجع الســـابق فقرة ٢٢٩ ص ٢١١ ، أستاذنا الدكتور عـــبد الـــرازق حســـن فـــرج : فقرة ١٥٢ ص ٢٠٥ ـــ ٢٠٦ ، أ. د عبد الناصر العطـــار : المـــرجع الســـابق : فقـــرة ٨٩ ص ١٧٩ ، أ.د نبـــيل إبراهـــيم سعد : التأمينات العينية والشخصية ـــ مرجع سبق ذكره : ص ١٧٤ .

وبالنسبة للرهن الحيازى تنص الماد ١١١٢ مدنى على أنه : " ينقضى حق الرهن الحيازى بانقضاء الدين المضمون ، ويعود معه إذا زال السبب الذى انقضى به الدين دون إخلال بالحقوق التى يكون الغير حسن النية قد كسبها قانوناً فى الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته " .

فهذا النص مماثل لنص المادة ١٠٨٢ الخاصة بانقضاء الرهن الرسمى تبعاً لانقضاء الدين المضمون به ، فنحيل إليه ، سواء فيما يتعلق بانقضاء الرهن تبعاً لانقضاء الدين بالإبراء ، أو فيما يتعلق بعودة الرهن تبعاً لعودة الدين بعد زوال الإبراء ، مع وجوب مراعاة حقوق الغير حسن النية التى كسبها قانوناً فى الفترة ما بين انقضاء الحق، وعودته . [١]

٥٤٨- وبالنسبة لحق الامتياز تنص المادة ١١٣٦ مدنى على أنه : " ينقضى حق الامتياز بنفس الطرق التى ينقضى بها حق الرهن الرسمى ، وحق رهن الحيازة ، ووفقا لأحكام انقضاء هذين الحقين ، ما لم يوجد نص خاص يقضى بغير ذلك " .

ووفقا لهذا النص ينقضى حق الامتياز ، إذا انقضى الدين المضمون بـه ، شأنه فى ذلك شان حق الرهن الرسمى وحق الاختصاص فى العقار ، وحق رهن الحيازة فى المنقول [٢] .

---

(١) يراجع : فقرة ٥٤٦ وما بعدها من هذه الرسالة ، وأيضاً : أ. السنهورى : جـ ١٠ فقرة ٦١٧ ص ٨٦٦ ـ ٨٦٧ ، مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٧ ص ٢٣٩ ، وفيها : (ينقضى رهن الحيازة بطريقة تبعية بانقضاء الدين المضمون على النحو المبين فى الرهن الرسمى) أستاذنا الدكتور عبد الرازق حسن فرج : فقرة ١٥٣ ص ٢٠٧ ، أ.د محمد طه البشير : الوجيز فى الحقوق العينية والتبعية ـ مرجع سبق ذكره فقرة ٢٨٠ ص ٢٤٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٧ ص ٢٩٦ وفيها: (ينقضى حق الامتياز فى العقار بما ينقضى به حق الرهن الرسمى ، وحق الاختصاص ، كما ينقضى به حق الامتياز فى المنقول بما ينقضى به حق الرهن الحيازى ، وذلك ما لم يوجد نص خاص يقضى بغيره) ، وأيضاً : أ.د السنهورى جـ ١٠ فقرة ٦٦٥ ص ٩٣٧ ـ ٩٣٨ ، أ.د محمود جمال الدين زكى : المرجع السابق فقرة ٢٩١ ص ٤٣٤ ـ ٤٣٥ ، أ.د توفيق حسن فرج : المرجع السابق : فقرة ٢٩٨ ص ٢٧٣ ، أستاذنا الدكتور عبد الرازق حصن ===

٥٤٩- المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى :

إذا نظـرنا إلى موقف كل من الفقه الإسلامى ، والقانون المدنى فيما يـتعلق بانقضــاء توابع الدين وتأميناته كأثر من آثار – الإبراء من الدين ، لوجدنا القانون المدنى يتفق مع الفقه الإسلامى فى كثير من الأمور ، ويختلف معه فى بعضها :

- فيتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فى أنه إذا أبرأ الدائن المدين مــن الديــن ، وكــان هذا الدين مضموناً بكفالة ، فإن هذا الدين ينقضى بالإبراء ، وينقضى تبعاً التزام الكفيل ، كما يتفق القانون المدنى مع الفقه الإســلامى أيضاً فى أنه إذا رد المدين الإبراء عاد الدين إلى ذمة المدين مرة أخرى، ولكن هل يعود معه التزام الكفيل ؟
- يرى فقهاء القانون [١] المدنى أنه إذا رد المدين الإبراء عاد الدين إلى ذمة المدين بأثر رجعى بتأميناته ، ومن هذه التأمينات التزام الكفيل .

أما فى الفقه الإسلامى فقد وجد رأيان :

الأول : يقــول بمــثل ما يقول به القانون المدنى من عودة التزام الكفيل مرة أخرى .

أمــا الــرأى الــثانى : فــيرى أنـــه إذا رد المديـــن الإبـــراء عـــاد الالتزام الأصلى ولا يعود معه التزام الكفيل .[٢]

والرأى الثانى فى الفقه الإسلامى الذى يرى عدم عودة التزام الكفيل بــرد المدين للإبراء هو الراجح ، ويجب الأخذ به فى ظل القانون المدنى ، وذلك لأنه إذا أبرأ الدائن المدين الأصلى ، فإن هذا الإبراء يعد إبراء ضمنياً للكفيل ، فإذا قام المدين الأصلى برد الإبراء ،عاد الدين إلى ذمته بأثر رجعى ، غــير أنـــه لا يعود إلى ذمة الكفيل ، وذلك عملاً بالقاعدة التى تقر أنه لا

==فــرج : فقــرة ١٥٧ ص ٢٠٩ ، أ.د محمــد طــه البشير : المرجع السابق فقــرة ٣١٢ ص ٢٧٤ – ٢٧٥ ، أ.د نبــيل إبراهــيم ســعد : المــرجع الســابق ص ٢٣١ .

(١) يراجع فقرة ٥٤٦ من هذه الرسالة .

(٢) يراجع فقرة ٥٤٠ من هذه الرسالة .

يجوز للمدين أن يسوئ مركز الكفيل . [١]

- كمـــا يـــتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فى أنه إذا أبرأ الدائن المديـــن من الدين ، وكان هذا الدين مضموناً بتأمين عينى كرهن مثلاً ، انقضى الدين بهذا الإبراء ، وينقضى الرهن تبعاً له.

- هـــذا وإذا كان القانون المدنى يتفق والفقه الإسلامى فيما تقدم إلا أنه يختلف عنه فيما يتعلق بانقضاء فوائد الدين تبعاً لانقضاء الدين بالإبراء ، ذلـــك أن القانون المدنى، يرى أنه إذا كان محل الدين مبلغاً من النقود ، وحل أجله ، ولم يقم المدين بالوفاء فى الأجل المحدد ، وكان ملزماً بدفع فوائـــد عـــن التأخـــير فـــإذا أبرأ الدائن المدين من هذا الدين سقط الدين بالإبراء ، وسقطت الفوائد تبعاً له . [٢]

أمـــا الفقه الإسلامى ، فلا يجيز أخذ هذه الفوائد ، لكونها صورة من صور الربا المحرم شرعاً .

---

(١) أســـتاذنا الدكـــتور عـــبد الخـــالق حسن أحمد : الكفالة فقرة ١٢٨ ص ٢٥١ ، فقرة ١٣٨ ص ٢٦٠ .

(٢) يراجع فقرة ٥٤٣ من هذه الرسالة .

الفصل الثاني

التصرف فى الديون بالهبة والوصية فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

ويشتمل على مبحثين :

المبحث الأول : التصرف فى الديون بالهبة وما فى معناها فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المبحث الثانى : التصرف فى الديون بالوصية بها فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى .

المبحث الأول

التصرف فى الديون بالهبة [1] وما فى معناها فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٥٥٠- ويشتمل على مطلبين :

---

(١) **معنى الهبة فى اللغة** : الهبة فى اللغة هى العطية الخالية من الأعواض والأغراض ، وتطلق على التفضل والتبرع بما ينفع الموهوب له ، سواء أكان الموهوب مالاً أم غيره مما يسر به الموهوب له ، ويشكر لواهبه تفضله عليه به ، وفى التنزيل : (... رب اغفر لى وهب لى ملكاً لا ينبغى لأحد من بعدى) سورة (ص) من الآية رقم ٣٥ وقوله تعالى : (يهب لمن يشاء إناثاً ويهب لمن يشاء الذكور) سورة الشورى من الآية رقم ٤٩ ، والمعطى يسمى واهباً ، فإذا كثرت عطاياه سمى وهاباً ، ومنه اسمه — تعالى (الوهاب) والمعطى له يقال له : موهوب له ، والشيء المعطى من المال أو غيره يقال له : موهوب ، واتهبت الهبة : قبلتها ، واستوهبتها : طلبتها ، وتواهب القوم : وهب بعضهم لبعض . ينظر : لسان العرب جـ ١٥ ص ٤١١ . ، المصباح المنير جـ ٢ ص ٦٧٣ ، ٦٤ ، المعجم الوسيط : جـ ٢ ص ١٠٥٩ .

تعريف الهبة فى اصطلاح الفقهاء : عرف الفقهاء الهبة بتعريفات متعددة ، ولكن معانيها متقاربة :

١- فعرفها الحنفية بأنها : (تمليك عين بلا عوض) مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٣٥٢ ، اللباب فى شرح الكتاب جـ ٣ ص ١٧١ .

٢- وعرفها المالكية بأنها : (تمليك من له التبرع ذاتاً تنقل شرعاً بلا عوض لأهل بصيغة) الشرح الصغير جـ ٣ ص ٣٣٩ .

٣- وعرفها الشافعية بأنها : (التمليك بلا عوض) ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣٩٦ . ===

==٤- وعــرفها الحــنابلة والــزيدية بأنهــا : (التملــيك فــى الحياة بغير عوض) المغــنى لابــن قدامــة جـــ ٦ ص ٢٧٣ رقم ٤٤٣٨ ، المبدع فى شرح المقنع جـ ٥ ص ٣٦٠ ، التاج المذهب جـ ٣ ص ٢٦١ .

٥- وعــرفها بعــض الفقهــاء المحدثيــن بمــا يقــرب مــن تعريف الحنابلة والــزيدية ، حيــث عــرفها بأنهــا : (تملــيك المال بلا عوض حال حياة المــالك) الشــيخ أحمــد إبراهــيم : التزام التبرعات ، وهو بحث منشور فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية ص ٦٠٧ .

تعريف الهبة فى القانون المدنى : عرفت المادة ٤٨٦ من القانون المدنى الهبة بأن : (١- الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب فى ماله دون عوض ٢- ويجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين) ولا مقابل لهذا النص فى القانون المدنى السابق ، ولكن حكمه كان معمولاً به دون نص . يــنظر : أ. محمد كامل مرسى : شرح القانون المدنى الجديد ــ العقود المسماة فقرة ٤ ص ١٤ طــبعة المطبعة العالمية سنة ١٣٦٨هــ ١٩٤٩م ، أ.د محمد على عرفة التقنيــن المدنــى الجديــد ــ شرح مقارن على النصوص ص ٣٢٨ الناشر : مكتبة النهضة المصرية ط الأولى صنة ١٩٤٩م ، أ.د السنهورى : الوسيط جـــ ٥ فقرة ١ ص ٣ -٤ ، أ.د محمود جمال الدين زكى : العقود المسماة:فقرة ٢٨ ص ٦٣ الناشر : دار الكــتاب العــربى ١٩٥٣م ، أ.د جمال الدين طه العاقل : عقد الهبة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى ص ١٤ . طبعة دار الهدى سنة ١٣٩٨هــ ١٩٧٨م .

مشروعية الهبة : والهبة مشروعة على وجه الندب ، وقد ثبتت مشروعيتها بالكتاب والسنة ، والإجماع :

- فمــن الكتاب قول الله تعالى : (وتعاونوا على البر والتقوى) المائدة ٢ ، ولاشك أن الهبة من قبيل البر ، وقوله تعالى : (... وآتى المال على حبه ...) البقرة مــن الآية رقم ١٧٧ ، يعنى : الهبة والصدقة . ينظر : الحاوى الكبير جــ ٧ ص ٥٣٤ ، مغنى المحتاج جــ ٢ ص ٢٩٦ .
- **ومن السنة :** ما روى عن ابى هريرة عن النبى ﷺ قال : (لو دعيت إلى ذراع أو كــراع لأجبــت ، ولو أهدى إلى ذراع أو كراع لقبلت) صحيح البخارى : كــتاب الهبة وفضلها باب العليل من الهبة جـ ٢ ص ٧٧٥ رقم ٢٥٦٨ وعن أبى هريرة ﷺ عن النبى ﷺ قال : (تهادوا تحابوا) أخرجه البخارى فى الأدب المفــرد ص ١٧٤ طــبعة مكتــبة الآداب ــ بدون تاريخ ، والبيهقى فى السنن الكبرى : كتاب الهبات جــ ٦ ص ١٦٩ .
- **ومن الإجماع :** فقد أجمعت الأمة على مشروعيتها ، ينظر : الهداية شرح بداية المتبدى جــ ٣ ص ٢٢٤ ، بلغة السالك لأقرب المسالك للشيخ الصاوى جــ ٢ ص ٣١٢ ، الحــاوى الكبير للماوردى جــ ٧ ص ٥٣٤ ، المغنى لابن قدامة جــ ٦ ص ٢٧٤ رقم ٤٤٣٨ ، البحر الزخار جــ ٤ ص ١٣١ ، المبسوط فى فقه الإمامية جــ ٣ ص ٣٠٣ . ===

المطلـــب الأول : التصـــرف فـــى الديون بالهبة فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المطلب الثانى : زكاة الديون فى الفقه الإسلامى .

المطلب الأول

التصـرف فى الديـون بالهبـة فى الفقـه الإسـلامى والقـانون المـدنى

٥٥١- **تحـرير محـل البـحث** :

إذا كـــان هـــناك دائـــن يريد أن يهب دينه ، فإما أن تكون هذه الهبة بمقـــابل ، أى بعـــوض ، وإمـــا أن تكون بغير مقابل ، فإذا كانت هبة الدين فـــى مقـــابل عـــوض ، فهى خارجة عن محل البحث ، وذلك لأنها فى هذه الحالـــة تكـــون بـــيعاً [1] ، وقـــد سبق الكلام عن بيع الدين فى الباب الأول

=== - **والعقـــل يدعو إليها** ، لأنها من الأمور التى تؤدى إلى التواد والتحاب بين الناس ، وكل ما كان كذلك كان مشروعاً . ينظر : البحر الزخار جـ ٤ ص ١٣١.

(١) هـــذا عـــند جمهـــور الفقهـــاء . يـــنظر : مجمـــع الأنهر جــ ٢ ص ٣٥٢ وفيه : (... فـــإن الهـــبة بشـــرط العـــوض بـــيع) الشـــرح الصغير للدردير جـــ ٣ ص ٣٣٩ ، وفـــيه : (بـــلا عـــوض) خـــرج به البيع ومنه هبة الثواب) منهاج الطالبين للإمـــام الـــنووى مـــع مغـــنى المحـــتاج جـــ ٢ ص ٤٠٤ ــ ٤٠٥ ، وفيه : (ولو وهـــب بشـــرط ثـــواب معلـــوم فالأظهر صحة العقد ، ويكون بيعاً على الصحيح) المغـــنى لابـــن قدامـــة جـــــ ٦ ص ٣٣٢ رقم ٤٤٨٤ وفيه : (فإن شرط فى الهبة ثوابـــاً معلومـــاً صـــح ، نـــص عليه أحمد ، لأنه تمليك بعوض معلوم فهو كالبيع ، وحكمهـــا حكـــم البـــيع فـــى ضـــمان الـــدرك ، وثـــبوت الخيار ، والشفعة) التاج المذهـــب جـــــ ٣ ص ٢٦٤ ، وفـــيه : (وتصـــح الهبة ... بعوض ... مشروط ... فـــتكون فـــى هـــذا الوجـــه بـــيعاً يتـــبعها حكمه صحة وفساداً ...) ، شرح كـــتاب النـــيل وشـــفاء العلـــيل جـــــ ١٢ ص ٣٥ وفيه : (.. قال وهبت لك كذا لـــتعطى كـــذا .. أو لمـــا لـــك علـــى .. وتســـمى هـــبة الثواب ، وهى كالبيع فى معانيه حتى إنه يجوز أن يقال : وهبة لك هذه السلعة مثلاً بكذا) .

أمـــا الشـــافعى فـــى مقـــابل الأظهـــر فيرى أن الهبة بشرط الثواب تكون باطلة ، وذلـــك نظـــرا إلـــى اللفـــظ لتناقضـــه ، فإن الهبة تقتضى التبرع . ينظر: الوسيط فى المذهب جـ ٤ ص ٢٧٧ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٤٠٥ .

فنحيل إليه . [١]

وإذا كانت هبة الدين بغير عوض ، فإما أن يهبه للمدين به ، وإما أن يهبه لشخص آخر غير المدين به .

- فإن وهب الدائن دينه للمدين به فإن هذه الهبة تعد إبراء من الدين [٢] ، وقد سبق بيان حكم الإبراء من الدين فى الفصل السابق فنحيل إليه . [٣]
- وعلى ذلك فسيقتصر الكلام فى هذا المطلب على بيان حكم هبة الدين لغير المدين وذلك فى فرعين :

الفرع الأول : حكم هبة الدين لغير المدين به فى الفقه الإسلامى.

الفرع الثانى : حكم هبة الدين لغير المدين به فى القانون المدنى.

* المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الفرع الأول
حكم هبة الدين لغير المدين به فى الفقه الإسلامى

٥٥٢- اختلف الفقهاء فى حكم هبة الدين لغير المدين به على رأيين :

---

(١) يراجع آنفاً فقرة ١٠٢ وما بعدها من هذه الرسالة .

(٢) البناية على الهداية جـ ٧ ص ٨٥٨ وفيه : (وهبة الدين ممن عليه إبراء) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٦٣ ، الفتاوى الأنقروية جـ ٢ ص ٢٨١ ، الزرقانى على المختصر جـ ٧ ص ٩٥ ، وفيه : (وهو إبراء إن وهب لمن عليه) الشرح الكبير جـ ٤ ص ٩٩ ، شرح منح الجليل جـ ٤ ص ٩٦ ، التهذيب للبغوى جـ ٤ ص ٥٢٩ وفيه : (ويجوز ممن عليه ، وهو إبراء) العزيز شرح الوجيز جـ ٦ ص ٣١٧ ، شرح الجلال المحلى على منهاج الطالبين جـ ٣ ص ١١٠ ، الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف جـ ٧ ص ١٢٧ ، الروض المربع : ص ٣٢٦ ، البحر الزخار جـ ٤ ص ١٣٤ ، جامع المقاصد فى شرح القواعد جـ ٩ ص ١٣٧ ، وفيه : (وهبة ما فى الذمة لمن عليه إبراء ...) المبسوط فى فقه الإمامية جـ ٣ ص ٣١٤ ، الحدائق الناضرة جـ ٢٢ ص ٣٠٧ ، وأيضاً : أ.د محمد كامل مرسى : المرجع السابق فقرة ٣٧ ص ٤١ ، أ.د جمال الدين طه العاقل : ص ٢٥٨ .

(٣) يراجع فقرة ٤٧٧ وما بعدها من هذه الرسالة .

٥٥٣- **الرأى الأول** :

وهو ما ذهب إليه الحنفية [١] ، والمالكية [٢]، ووجه عند الشافعية[٣] ، وهو احتمال عند الحنابلة [٤] ، والزيدية [٥] ، وقول عند الإمامية[٦] ،

---

(١) والحنفية إنما يجوزون هبة الدين لغير المدين به استحساناً إذا أمر الواهب الموهوب له بقبضه من المدين أما إذا لم يأذن له بالقبض لم يجز . ينظر : بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١١٩ ، وفيه : (وأما هبة الدين لغير من عليه الدين فجائز أيضاً إذا أذن له بالقبض وقبضه استحساناً ، والقياس أن لا يجوز) الفتاوى البزازية جـ ٣ ص ٢٣٤ بهامش الجزء السادس من الهندية ، الفتاوى الهندية جـ ٤ ص ٣٨٤ ، حاشية رد المختار على الدر المختار جـ ٥ ص ٦٨٧ .

(٢) ويجعل المالكية هبة الدين لغير المدين كرهنه ، فيشترطون لصحته الإشهاد عليه ، ودفع الوثيقة ، والجمع بين الموهوب له ومن عليه الدين ، ينظر : الشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٩٩ وفيه : (.. وإلا يهبه لمن عليه ، بل لغيره ، فكالرهن – أى فكرهن الدين – يشترط فى صحته الإشهاد ، وكذا دفع ذكر الحق – أى الوثيقة – على قول ، وقيل : شرط كمال كالجمع بينه وبين من عليه الدين) وأيضاً : مواهب الجليل جـ ٦ ص ٥٣٠٥٢ ، شرح الزرقانى على مختصر خليل وحاشية البنانى عليه جـ ٧ ص ٩٥ ، التاج والإكليل جـ ٦ ص ٥٢ ، حاشية الدسوقى جـ ٤ ص ٩٩ .

(٣) روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٧٤ وفيه : (وإن وهبه – أى الدين – لغير من هو عليه ... قيل : فى صحته وجهان ..) وأيضاً : الوسيط فى المذهب للغزالى جـ ٤ ص ٢٦٨ ، ٢٦٩ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٤٠٠ .

(٤) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٢٩١ رقم ٤٤٥٣ ، وفيه : (فأما هبته – أى الدين لغير المدين فيحتمل أن لا تصح كالبيع ، ويحتمل أن تصح ...) وأيضاً : الشرح الكبير على متن المقنع جـ ٦ ص ٢٨٠ ، الإنصاف جـ ٧ ص ١٢٩ .

(٥) البحر الزخار جـ ٤ ص ١٣٤ ، وفيه : (... وتصح هبة الدين لغير من هو عليه إذ القبض غير شرط) التاج المذهب جـ ٣ ص ٢٦٣ .

(٦) جامع المقاصد جـ ٩ ص ١٣٨ – ١٣٩ وفيه : (هل يصح هبة الدين لغير من هو عليه أم لا ؟ اختلف كلام الأصحاب فى ذلك ، فقال الشيخ وابن إدريس يصح ، واختاره المصنف فى المختلف ...) وأيضاً : المبسوط فى فقه الإمامية جـ ٣ ص ٣١٤ ، الحدائق الناضرة جـ ٢٢ ص ٣٠٦.

وبعــض الإباضية [١] ممن لا يشترط القبض ، ويرون جواز هبة الدين لغير المدين به .

٥٥٤- **الـــرأى الـثـانى** : وهـــو مـــا ذهب إليه الشافعية فى المذهب عندهم [٢] ، والحـــنابلة فـــى الصـــحيح[٣] والظاهرية [٤] ، والإمامية فى قول مشهـــور عندهـــم [٥] ، ويرون عدم جواز هبة الدين لغير المدين .

٥٥٥- **الأدلـــة** :

٥٥٦- **أولاً** : **أدلـة الـرأى الأول** :

استدل أصحاب الرأى الأول القائلون بجواز هبة الدين لغير المدين به بالمعقول ، وذلك من ثلاثة أوجه :

---

(١) شـــرح النـــيل وشـــفاء العلـــيل جـــ ٩ ص ١٤٦ وفـــيه : (وجاز هبة ما بذمة ، ومضـــت عـــند مـــن لـــم يشـــترط فى صحة الهبة القبض ، سواء أوهب صاحب المال لمن له عليه ، أم لغيره من الناس) .

(٢) روضـــة الطالبيـــن جـــ ٥ ص ٣٧٤ ، وفـــيه : (وإن وهبه ــ أى الدين ــ لغير مـــن هـــو علـــيه لـــم يصح على المذهب...) وأيضاً : التهذيب للبغوى جـ ٤ ص ٥٢٩ ، الوســيط فـــى المذهـــب جـــ ٤ ص ٢٦٨ ، العزيـــز شرح الوجيز جـ ٦ ص ٣١٧ ، حاشـــيتا القلـــيوبى وعمـــيرة علـــى شـــرح الجـــلال المحلى على المنهاج جـ ٣ ص ١١٢ .

(٣) الشـــرح الكبـــير علـــى متـــن المقـــنع جـــ ٦ ص ٢٨٠ وفيه : (فإن وهب الدين لغـــير مـــن هـــو فـــى ذمـــته لـــم يصح قياساً على البيع ..) الإنصاف فى معرفة الـــراجح مـــن الخـــلاف جـــ ٧ ص ١٢٩ ، وفـــيه : (لا تصح هبة الدين لغير مـــن هـــو فـــى ذمـــته على الصحيح فى المذهب ..) شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص ٥٢٢ ، كشاف القناع جـ٤ ص٣٠٥

(٤) المحلـــى لابن حزم ــ ٩ ص ١١٧ رقم ١٦٢٦ وفيه : (ومن كان لـــه عند آخر حق فـــى الذمـــة ، دراهـــم أو دنانير ، أو غير ذلك ، أو أى شىء كان ، فقال لـــه : قد وهبـــت لك مالى عندك ... أو قال لآخر قد وهبت لك مالى عند فلان ... فلا يلزم شىء من ذلك لما ذكرنا ، لأنه لا يدرى ذلك الحق الذى له عند فلان فى أى جوانب الدنيا هو ، ولعله فى ملك غيره الآن ...) .

(٥) الحدائـــق الناضـــرة جـــ ٢٢ ص ٣٠٦ وفـــيه : (فهـــنا مقامـــان : أحدهما : فى هـــبة غـــير مـــن علـــيه الحـــق وقد اختلف الأصحاب ــ رحمهم الله ــ فى صحة ذلـــك وبطلانـــه ، والمشـــهور الـــبطلان) وأيضاً : المبسوط فى فقه الإمامية جـ ٣ ص ٣١٤ ، جامع المقاصد فى شرح القواعد جـ ٩ ص ١٣٩ .

الأول : إن الديــن يصح بيعه ، والمعاوضة عليه ، فتصح هبته لغير من هو عليه كالعين . [1]

الـثانى : إن هــبة الدين لغير من عليه الدين لا غرر فيها ، ولا ضرر على الموهوب له ، ولا على الواهب فتصح كهبة الأعيان . [2]

الثالــث : إن القــول بجواز هبة الدين لغير من عليه الدين فيه تشجيع على الإقدام على عمل البر ، وفعل الخير المأمور به شرعاً فى قول الله تعالى : ﴿ ... وَافْعَلُوا الْخَيْرَ﴾ [3] .

٥٥٧- **ثانياً** : **دليـل الـرأى الثـانى** :

اســتدل أصحاب الرأى الثانى على ما ذهبوا إليه من عدم جواز هبة الدين لغير المدين بأن القبض شرط فى الهبة ، والدين الذى فى الذمة لا يمكن قبضــه ، لأنه ماهية كلية لا وجود لها فى الخارج.[4] فهو بذلك غير مقدور على تسليمه [5] ، وعلى ذلك فلا تجوز هبة الدين لغير المدين به .

منــاقشــة هــذا الدليــل : ويناقش هذا الدليل بأن القول بأن الدين الذى فى الذمة لا يمكن قبضه ، لأنه غير مقدور على تسليمه ، قول غير مسلم ؛ وذلك

---

(١) جــامع المقاصــد فى شرح القواعد جــ ٩ ص ١٣٩ ، الحدائق الناضرة فى أحكام العترة الطاهرة جــ ٢٢ ص ٣٠٦ .

(٢) المغــنى لابــن قدامــة جــ ٦ ص ٢٩١ رقــم ٤٤٥٣ ، الشرح الكبير على متن المقنع جــ ٦ ص ٢٨٠ .

(٣) سورة الحج من الآية رقم : ٧٧ .

(٤) الــبدائع جــ ٦ص ١١٩ وفــيه : (وجــه القياس : أن القبض شرط جواز الهبة ، ومــا فــى الذمــة لا يحــتمل القــبض بخلاف ما إذا وهب لمن عليه ، لأن الدين فــى ذمــته ، وذمــته فــى قبضه ، فكان الدين فى قبضه بواسطة قبض الذمة ..) وأيضــاً : الوســيط فــى المذهــب للغــزالى جــ ٤ ص ٢٦٨ ، الحدائق الناضرة جــ ٢٢ ص ٣٠٦ ، شــرح النــيل وشــفاء العلــيل جــ ٩ ص ١٤٦ – ١٤٧ وفــيه : (ومــن اشــترط فــى صــحتها القبض لم تجز عنده هبة ما فى الذمة ... لأن ما فى الذمة غير مقبوض ...) .

(٥) مغــنى المحــتاج جــ ٢ ص ٤٠٠ ، حاشــية القليوبى على شرح الجلال المحلى على المنهاج جــ ٣ ص ١١٢ ، شرح منتهى الإرادات جــ ٢ ص ٥٢٢ .

لأن القبض ـ كما سبق الذكر عند الكلام على رهن الديون ـ [1] يختلف باختلاف المقبوض فهو فى العقار إنما يكون بالتخلية ، وفى المنقول يكون بالنقل والتحويل ، أما فى الديون فإن ما يمكن فى قبضه هو الإشهاد عليه ، وتسليمه وثيقة الدين إذا كان الدين ثابتاً فى وثيقة ، وكذا الجمع بين الموهوب له ومن عليه الدين لأن هذا هو كل ما يمكن فى قبض الدين نظراً لطبيعته ، كما هو الحال فى رهن الدين . [2]

٥٥٨- **الترجيح** :

بعد عرض آراء الفقهاء فى هذه المسألة ، ومناقشة ما استدل به أصحاب الرأى الثانى ، يتضح لى ـ والله أعلم بالصواب ـ أن ما ذهب إليه أصحاب الرأى الأول القائلون بجواز هبة الدين لغير المدين به هو الراجح مع الأخذ فى الاعتبار ما اشترطه المالكية من ضرورة الإشهاد على الهبة ، وتسليم الموهوب له وثيقة الدين إذا كان الدين ثابتاً فى وثيقة ، والجمع بين الموهوب له ومن عليه الدين ، لأن من شأن هذه الشروط أن تبعد الغرر عن هذه المعاملة وتجعل الدين مقدور التسليم .

الفرع الثانى

هبة الدين لغير المدين به فى القانون المدنى

٥٥٩- أغفل المشرع الوضعى فى القانون المدنى النص على حكم هبة الدين سواء أكانت للمدين أم لغير المدين [3] ، غير أن هبة الدين إذا كانت للمدين فإن القانون قد جعلها إبراء . [4]

---

(١) يراجع فقرة ٣٦٩ وما بعدها من الرسالة .

(٢) التاج والإكليل جـ ٦ ص ٥٢ ، مواهب الجليل جـ ٦ ص ٥٢ ، ٥٣ ، شرح الزرقانى على مختصر خليل جـ ٧ ص ٩٥ ، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقى عليه جـ ٤ ص ٩٩ .

(٣) أ.د جمال الدين طه العاقل : المرجع السابق ص ٢٥٨ .

(٤) أ.د محمد كامل مرسى : فقرة ٣٧ ص ٤١ ، أ.د جمال الدين طه العاقل : الموضع نفسه .

كذلك فإن هبة الدين لغير المدين به جائزة فى القانون المدنى ، إذ لا يخـرج الديـن الذى يكون للواهب فى ذمة الغير عن كونه حقاً من الحقوق القابلـة للـتداول فيصلح أن يكون محلاً للهبة، أضف إلى ذلك أن القانون لا يشترط القبض فى الهبة . [1]

ويمكن تخريج جواز هبة الدين لغير المدين فى القانون المدنى على أساس أنها حوالة حق بغير عوض[2] .

٥٦٠- المقارنـة بيـن الفقـه الإسلامى والقـانون المدنى :

بالـنظر إلى حكم هبة الدين لغير المدين فى كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى ، يتضح أن القانون المدنى فى تجويزه هبة الدين لغير المدين بـه يـتفق مع ما سبق ترجيحه فى الفقه الإسلامى (الرأى الأول) ، بيد أن الشروط التى وضعها المالكية لجواز هبة الدين لغير المدين به من شأنها أن تجعل ما ذهب إليه الفقه الإسلامى، يفضل ما ذهب إليه القانون الوضعى من جـواز هـبة الدين لغير المدين به دون قيود ، ذلك أن من شأن القيود التى وضـعها المالكية لجواز هبة الدين لغير المدين ــ كما سبق أن الذكر ــ أن تبعد الغرر عن هذه المعاملة ، وتجعل الدين مقدور التسليم .

المطلب الثانى

زكـاة [3] الديـون فى الفقـه الإسـلامى

٥٦١ – تمهيد وتقسيم :

قد يكون لشخص عند آخر دين ، فعلى من تجب زكاة هذا الدين ؟

---

(١) المرجعين السابقين : الموضع نفسه .

(٢) أ.د السـنهورى : الوسـيط جـــ ٣ فقـرة ٢٤٦ ص ٤٤٤ ، أ.د محمـود جمـال الدين زكى فى أحكام الالتزام : فقرة ١٥٣ ص ١٧٣ .

(٣)**الـزكاة فـى اللغـة** : مصـدر : (زكـا) الشىء إذا نما وزاد ، وزكا فلان إذا صلح ، فالـزكاة هـى : الـبركة ، والـنماء ، والطهـارة ، والصـلاح . جاء فى لسان العـرب جـــ ٦ ص ٦٥ : (وأصـل الـزكاة فى اللغة الطهارة والنماء ، والبركة ، والمـدح ، وكلـه قـد اسـتعمل فـى القـرآن والحديـث) ، وجاء فى القاموس المحـيط بـاب الـواو فصـل الـزاى جـــ ٤ ص ٣٣٢ : (زكا يزكو زكاء نما ... والزكاة صفوة الشىء، وما أخرجته بن مالك لتطهره به) .

وفى اصطلاح الفقهاء : ===

وكـــيف يقوم بتزكيته ؟ كما أن هناك مسألة كثيرة الانتشار فى بعض المجـــتمعات تحـــتاج لبيان حكمها الشرعى ، وهى حالة ما إذا كان لشخص على آخر دين فإذا عجز المدين عن سداده ، أو أيس الدائن من اقتضائه ، قام الدائـــن باحتساب هذا الدين من الزكاة الواجبة عليه ، فما حكم ذلك ؟ وعلى ذلك فسينقسم هذا المطلب إلى فرعين :

١- === عرفها الحنفية بأنها : (تمليك جزء مخصوص من مال مخصوص لشخص مخصـــوص لله تعـــالى) . يـــنظر : اللباب فى شرح الكتاب للميدانى جـــ ١ ص ١٣٦ .

٢- وعـــرفها المالكـــية بأنهـــا : (إخـــراج جـــزء مخصوص من مال مخصوص بلـــغ نصـــاباً لمســـتحقه، إن تـــم الملـــك وحـــول غير معدن وحرث) الشرح الكبير للدردير جـــ ١ ص ٤٣٠ .

٣- وعـــرفها الشـــافعية بأنهـــا : (اسم لأخذ شىء مخصوص من مال مخصوص علـــى أوصـــاف مخصوصـــة لطائفـــة مخصوصة) الحاوى الكبير للماوردى : جـــ ٣ ص ٧١ .

٤- وعـــرفها الحـــنابلة بأنهـــا : (حـــق واجـــب فـــى مـــال مخصـــوص لطائفة مخصوصـــة فـــى وقـــت مخصـــوص) يـــنظر : كشـــاف القـــناع جـــــ ٢ ص ١٦٦ .

والزكاة ركن من أركان الإسلام ، وفرض من فروضه ، والأصل فيه قوله عز وجل : ﴿ **وَأَقِـيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَارْكَعُوا مَعَ الرَّاكِعِينَ** ﴾ البقرة : ٤٣ ، وعن ابن عباس ﷺ أن النبى ﷺ بعث معاذا إلى اليمن فقال :

(ادعهـــم إلـــى شـــهادة أن لا إله إلا الله ، وأنى رسول الله ، فإن هم أطاعوك لذلك فأعلمهم أن الله قد افترض عليهم خمس صلوات فى كل يوم وليلة ، فإن هم أطاعوك لذلك فأعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة فى أموالهم تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقـــرائهم) متفق عليه واللفظ للبخارى : ينظر : صحيح البخارى ــ كتاب الزكاة ــ بـــاب وجـــوب الـــزكاة جـــ ١ ص ٤١٥ حديث رقم ١٣٩٥ ، صحيح مسلم بشرح الـــنووى : كـــتاب الإيمان ــ باب الدعاء إلى الشهادتين وشرائع الإسلام جـــ ١ ص ١٩٦ ــ ١٩٧ ، وغـــير ذلك كثير ، والإجماع فى جميع الأعصار والأمصار على وجوبها ، مجمع الأنهر جـــ ١ ص ١٩٢ ، المعونة على مذهب عالم المدينة للقاضى عـــبد الوهاب جـــ ١ ص ٢٠٧ ، الحاوى الكبير للماوردى جـــ ٣ ص ٧٣ ، المغنى لابن قدامة جـــ ٢ ص ٤٣٣ .

الفرع الأول : كيفية تزكية الدين فى الفقه الإسلامى .

الفرع الثانى : حكم احتساب الدين الذى على المدين المعسر من الزكاة .

الفـرع الأول

كيفيـة تزكيـة الديـن فى الفقـه الإسـلامى

٥٦٢- بدايـــة ينبغى الإشارة إلى " أنه لم يرد نص من كتاب الله ــ تعالى ــ أو سنة رسوله ﷺ يفصل زكاة الديون " أضف إلى ذلك " أنه قد تعدد ما أثر عن الصحابة والتابعين ــ رضوان الله عليهم ــ من وجهات نظر فى طريقة إخــراج زكـــاة الديون " وقد ترتب على ذلك اختلاف المذاهب الإسلامية فى ذلك اختلافاً بيناً . [1]

ومجمـــل ما يمكن قوله فى هذا المجال إن الفقهاء يفرقون بين ما إذا كان الدين مرجو الأداء، وبين ما إذا كان غير ذلك ، وسأتناول كلاً منهما فى غصن مستقل :

الغصن الأول : زكاة الدين المرجو الأداء .

الغصن الثانى : زكاة الدين غير مرجو الأداء .

الغصـن الأول

زكـاة الديـن المرجـو الأداء

٥٦٣- اختلف الفقهاء فى زكاة الدين المرجو الأداء على خمسة آراء :

٥٦٤- الـــرأى **الأول** : وهو ما ذهب إليه عثمان بن عفان [2] ، وعبد الله

---

(١) مجلـس مجمــع الفقـــه الإســـلامى فى دورة مؤتمره الثانى بجدة فى الفترة ما بين ١٠ : ١٦ ربـــيع الـثانى ســنة ١٤٠٦هـــ الموافـــق ٢٢ : ٢٨ ديســمبر ســنة ١٩٨٥م ، وذلــك فـــى القـــرار رقـــم (١) بشـــأن زكاة الديون ــ ينظر : قرارات وتوصـيات مجمـــع الفقـــه الإســلامى ص ٩ تنســيق وتعليق ، أ.د عبد الستار أبو غدة ، طبعة دار القلم ــ دمشق الطبعة الثانية ١٤١٨هـ ١٩٩٨م .

(٢) الأمـــوال لأبـــى عبـيد ص ٣٨٩ رقـــم ١٢١٣ الناشر : دار الفكر سنة ١٤٠١هـ ١٩٨١م ، وقــد جــاء فــيه : (... عـــن ابن شهاب عن السائب بن يزيد أن عثمان كـــان يقـــول : إن الصـــدقة تجـــب فـــى الدين الذى لو شئت تقاضيته من صاحبه ، والـــذى علـــى ملـــئ تدعـــه حياء أو مصانعة ففيه الصدقة) وأيضاً : المغنى لابن قدامة جـ ٢ ص ٦٣٧ رقم ١٩٣٧ .

بـــن عمـــر [1] وجابر ابن عبد الله[2] ــ رضى الله عنهم ــ وطاووس [3] ، والـــنخعى [4] ، وجابـــر بن زيد [5] ، ومجاهد [6] ، وميمون بن مهران [7] ، ويرون أن الدين إذا كان مرجو الأداء ، بأن كان على معترف به ، باذل له ، وجب على الدائن أن يزكيه كل عام ، بان يعجل أداء زكاته مع ماله الحاضر ، وممن قال بذلك : الزهرى ، وقتادة ، وحماد بن أبى سليمان [8] ، وهو ما

---

(1) الأمـــوال لأبـــى عبـــيد ص ٣٨٩ رقـــم ١٢١٤ وفيه : (... عن الليث بن سعد عن نـــافع عـــن ابـــن عمـــر قـــال : كـــل دين لك ترجو أخذه ، فإن عليك زكاته كلما حـــال الحـــول) وأيضـــاً : المغـــنى جـــــ ٢ ص ٦٣٧ رقم ١٩٣٧ ، المحلى لابن حـــزم جـــــ ٦ ص ١٠٤ رقـــم ٦٩٦ وفـــيه : (رويـــنا من طريق عبد الله بن عمـــر أنـــه قـــال : زكـــوا أموالكـــم من حول إلى حول ، فما كان من دين فى ثقة فاجعلوه بمنزلة ما كان فى أيديكم ...) .

(2) الأمـــوال ص ٣٨٩ رقـــم ١٢١٥ وفـــيه : (... أخـــبرنا أبـــو الزبـــير أنه كان مع جابـــر بـــن عـــبد الله وقـــيل لـــه فى دين لرجل على آخر : أيعطى زكاته ؟ قال : نعم) المغنى لابن قدامة : الموضع نفسه .

(3) المغـــنى لابـــن قدامـــة جـــــ ٢ ص ٦٣٧ رقم ١٩٣٧ ، المحلى جـــ ٦ ص ١٠٤ رقـــم ٦٩٦ وفـــيه : (وعـــن طـــاوس مـــن طريق ثابتة : إذا كان لك دين تعلم أنه يخرج فزكه) .

(4) الأمـــوال ص ٣٩٠ رقـــم ١٢١٨ ، المغـــنى لابـــن قدامـــة جـــــ ٢ ص ٦٣٧ ، المحلـــى جـــــ ٦ ص ١٠٤ رقـــم ٦٩٦ ، وفـــيه : (... وعـــن إبراهيم من طريق صحيحة : زك ما فى يدك ومالك على الملئ ، ولا تزك ما للناس عليك) .

(5) الأمـــوال : ص ٣٨٩ رقـــم ١٢١٦ وفـــيه : (.... عـــن جابـــر بن زيد قال : أى دين ترجوه فإنه تؤدى زكاته) .

(6) الأمـــوال : ص ٣٨٩ رقـــم ١٢١٧ وفـــيه : (... عـــن عثمان بن الأسود أنه سأل مجـــاهداً عـــن ذلـــك فقـــال : زك مـــا ترى أنه يخرج) وأيضاً : المحلى جـــ ٦ ص ١٠٤ رقم ٦٩٦ وفيه : (وعن مجاهد : إن كنت تعلم أنه خارج فزكه).

(7) الأمـــوال : ص ٣٩٠ رقـــم ١٢١٩ وفـــيه : (.... عـــن ميمون بن مهران قال : إذا حلـــت علـــيك الـــزكاة فانظـــر إلـــى كل مال لك ، وكل دين فى ملأة فاحسبه ، ثـــم ألـــق مـــنه مـــا علـــيك مـــن الدين ، ثم زك ما بقى) وأيضاً : المحلى جـــ ٦ ص ١٠٤ رقم ٦٩٦ ، المغنى لابن قدامة جـــ ٢ ص ٦٣٧ رقم ١٩٣٧ .

(8) المغنى لابن قدامة جـــ ٢ ص ٦٣٧ رقم ١٩٣٧ .

ذهب إليه المالكية [١] إذا كان الدين ثمن عروض تجارة لمدير [٢] ، والشافعى فـــى الجديـــد إذا كان الدين المرجو لازماً وكان عروض تجارة أو نقداً [٣] ، وأحمد فى رواية [٤] ، وأبو عبيد[٥] ، وقول عند الإمامية [٦] .

٥٦٥- **الـــــــرأى الثـــانى** : وهو مروى عن على بن أبى طالب ﷺ ، وبه قـــال الثورى ، وأبو ثور[٧] ، ويرون أن الزكاة تجب على صاحب الدين كل عـــام ، إلا أنـــه لا يجب عليه إخراج الزكاة منه ، إلا إذا قبضه ، فإذا قبضه

---

(١) الشـــرح الصـــغير للدرديـــر جـــ ١ ص ٢٤٢ وفـــيه : (وإلا يرصد الأسواق بأن كـــان مديـــراً ... زكـــى عيـــنه الـــتى عـــنده ودينه ... النقد الذى أصله عرض (الحـــال) أى الـــذى حـــل أجلـــه أو كـــان حـــالاً أصالة (المرجو) خلاصه ولو لم يقبضه بالفعل ...) وأيضاً : الشرح الكبير للدردير جـ ١ ص ٤٧٤ .

(٢) المديـــر : هـــو الـــتاجر الـــذى يبـــيع بالســـعر الواقع كيف كان ، ويخلف ما باعه بغـــيره ، كأربـــاب الحوانيـــت ، والطوافيـــن بالسلع . ينظر : الشرح الصغير جـ ١ صـ ٢٤٢

(٣) التهذيـــب فـــى فقـــه مذهـــب الإمام الشافعى للبغوى جـ ٣ ص ٧٣ وفيه : (وقال فـــى الجديـــد وهـــو المذهـــب ــ إنـــه إن كان على ملئ ، وفى مقدرته تجب عليه زكاتـــه ، ويجـــب الإخـــراج فـــى الحال ، كما لو كان ماله وديعة عند إنسان يجب علـــيه زكاتـــه ...) وأيضـــاً : مغـــنى المحتاج جـ ١ ص ٤١٠ ، شرح الجلال المحلـــى علـــى مـــنهاج الطالبيـــن ، وحاشـــيتا القلـــيوبى وعمـــيرة علـــيه جـ ٢ ص ٤٠ .

(٤) المـــبدع جـــ ٢ ص ٢٩٦ ــ ٢٩٧ وفـــيه : (وعـــنه : يجـــب إخراجها فى الحال قبل قبضه كالوديعة) .

(٥) الأمـــوال : ص ٣٩٢ رقـــم ١٢٣٦ وفـــيه : (قـــال أبـــو عبيد : وأما الذى اختاره مـــن هـــذا فـــالأخذ بالأحاديـــث العالية التى ذكرناها عن عمر ، وعثمان ، وجابر ، وابـــن عمـــر ، ثـــم قـــول التابعيـــن بعد ذلك : الحسن ، وإبراهيم ، وجابر بن زيـــد ، ومجـــاهد ، ومـــيمون بـــن مهران أن يزكيه فى كل عام مع ماله الحاضر ، إذا كـــان الديـــن علـــى الأملـــياء المأمونيـــن ، لأن هـــذا حينـــئذ بمنزلة ما بيده وفى بيته) .

(٦) الحدائـــق الناضـــرة جـــ ١٢ ص ٣٣ وفـــيه : (اختلف الأصحاب ــ رضوان الله علـــيهم ــ فـــى الديـــن الـــذى يقـــدر صاحبه على أخذه متى شاء لو لم يأخذه هل تجـــب علـــيه فـــيه الـــزكاة بعـــد الحـــول أم لا ؟ قولان : اختار أولهما الشيخ فى الـــنهاية ، والجمـــل ، والخـــلاف ، والمبســـوط والشيخ المفيد والسيد المرتضى) وأيضاً : جواهر الكلام جـ ١٥ ص ٥٨ ــ ٥٩ .

(٧) المغنى لابن قدامة جـ ٢ ص ٦٣٧ رقم ١٩٣٧ .

زكـــاه لمـــا مضــــى من السنين ، وهذا الرأى هو ما ذهب إليه الحنفية [1] ، والشافعى فى قول [2] ، والمشهور عند الحنابلة [3] ، والزيدية . [4]

٥٦٦- **الــرأى الثالث** : وهو مروى عن سعيد بن المسيب ، وعطاء بن أبى ربـــاح [5] ، وحاصـــله أنـــه يجــب علـــى الدائن أن يزكى دينه إذا قبضه لســـنة واحـــدة ، وإن بقـــى عند المدين سنين ، وبهذا قال المالكية [6] ، إذا

---

(١) الهدايـــة شـــرح بدايـــة المبـــتدئ مـــع شرح فتح القدير جـــ ٢ ص ١٢٣ ، وفيه : (لـــو كـــان الديـــن علـــى مقـــر ملئ أو معسر تجب الزكاة ، لإمكان الوصول إليه ابتداء أو بواسطة التحصيل) .

هـــذا : وقـــد قســـم الإمـــام أبـــو حنيفة الديون إلى ثلاثة أقسام : قوى ، ومتوسط ، وضعيف :

- **فـــالقوى** : وهـــو بـــدل القـــرض ومال التجارة ، وحكمه أنه تجب الزكاة إذا حـــال الحـــول ويـــتراخى الأداء إلـــى أن يقبض أربعين درهماً ففيها درهم ، وهكذا فما زاد فبحسابه .
- **والمتوســط** : وهـــو بـــدل مـــا لـــيس للـــتجارة كثمـــن عبد الخدمة ، ودار الســـكنى ، وحكمـــه أنـــه لا تجـــب فـــيه زكاة ما لم يقبض نصاباً ويعتبر لما مضى من الحول فى صحيح الرواية .
- **والضـــعيف** : هـــو بـــدل مـــا ليس بمال ، كالمهر ، والوصية ، وبدل الخلع ، والصـــلح عـــن دم العمـــد ، وديـــة الخطأ ، وحكمه : أنه لا تجب فيه الزكاة مـــا لـــم يقـــبض نصـــاباً ويحول عليه الحول . ينظر : المبسوط جـــ ٢ ص ١٩٥ ، البدائع جـــ ٢ ص ١٠ ، شرح فتح القدير جـــ ٢ ص ١٢٣ .

(٢) مغـــنى المحـــتاج جـــــ ١ ص ٤١٠ ، وفـــيه : (وقيل : لا حتى يقبضه فيزكيه لما مضى) .

(٣) المغنى لابن قدامة جـــ ٢ ص ٦٣٧ رقم ١٩٣٧ ، المبدع جـــ ٢ ص ٢٩٦ .

(٤) الـــبحر الـــزخار جـــــ ٢ ص ١٥٢ وفـــيه : (مسألة : [هق م] وتجب فى دين نقداً ، أو للـــتجارة بعـــد القـــبض لمـــا مضــــى ...) فـــ (هق) رمز القاسم والهادى ، و(م) رمز المؤيد بالله .

(٥) المغـــنى لابـــن قدامـــة جـــــ ٢ ص ٦٣٧ رقـــم ١٩٣٧ ، المبدع فى شرح المقنع جـــ ٢ ص ٢٩٧ .

(٦) ويشترط المالكية لكى يزكى الدين لسنة شروطاً أربعة :

أولهـــا : أن يكـــون الديـــن الـــذى علـــى المدين عينا من قرض ، أو ثمن عروض تجارة لمحتكر .

ثانـــيها : أن يقـــبض عيـــنا ذهـــباً أو فضـــة ، لا إن قبض عرضاً ، فلا زكاة حتى يبيعه . ===

كـــان الديـــن أصله قرضاً ، أو ثمن عروض تجارة لمحتكر [1] ، وأحمد فى رواية . [2]

٥٦٧- **الـــرأى الـــرابع** : وهـــو منســـوب إلـــى إبراهـــيم الـــنخعى [3] ، وعطاء بن أبى رباح [4] ، ويريان أن زكاة الدين تجب على المدين به ، ولا تجب على الدائن .

٥٦٨- **الـــرأى الخـــامس** : وهـــو مـــروى عـــن عائشـــة [5] ، وابـــن عمـــر [6] ، وعكـــرمة [7] ـ رضـــى الله عـــنهم ـ ويـــرون أنـــه لا تجـــب فـــى الديـــن زكـــاة ، لا علـــى الدائـــن ، ولا علـــى المدين ، فإذا قبضه الدائن استقبل به حولاً جديداً .

=== ثالـثها : أن يقـبض نصـاباً كـاملاً ، ولـو فـى مرات ، كأن يقبض منه عشـرة ، ثـم عشـرة فيزكـيه عـند قـبض ما به التمام ، أو يقبض بعض نصاب وعنده ما يكمل النصاب .

رابعهـا : ألا يقصـد مـن تأخـيره قبض الدين الفرار من الزكاة ، أى : التهرب مـن وجوبهـا ، فـإن قصد ذلك من تأخيره زكاه لكل عام مضى . ينظر : الشـرح الصـغير للدرديـر جـ ١ ص ٢٣٩ ومـا بعدها ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه جـ ١ ص ٤٦٦ وما بعدها .

(١) المحـتكر : هـو الـذى يترصـد بالسـلعة الأسـواق ،انتظاراً لارتفاع الأثمان : ينظر : الشرح الصغير جـ ١ ص ٢٤٢.

(٢) المبدع فى شرح المقنع جـ ٢ ص ٢٩٧ .

(٣) الأموال لأبى عبيد : ص ٣٩١ رقم ١٢٢٧ وفيه : (.... وعن حماد عن إبراهيم فى الدين الذى يمطله صاحبه ، ويحبسه قال : زكاته على الذى يأكل مهنأه) وينظر فى نسبة هذا الرأى إلى إبراهيم : المحلى جـ ٦ ص ١٠٣ .

(٤) الأمـوال لأبـى عبـيد : ص ٣٩١ رقـم ١٢٢٨ وفـيه : (وحدثنا محمد بن كثير عـن حمـاد عـن قـيس بـن سعد عن عطاء مثل ذلك) أى : مثل خبر إبراهيم السابق .

(٥) المغـنى لابـن قدامـة جـ ٢ ص ٦٣٧ رقم ١٩٣٧ ، المبدع جـ ٢ ص ٢٩٧ ، المحلى جـ ٦ ص ١٠٤ رقم ٦٩٦ .

(٦) المغنى لابن قدامة، الموضع نفسه ، المحلى : الموضع نفسه، وفيه : (روينا ـ أيضاً ـ عن ابن عمر : ليس فى الدين زكاة) .

(٧) الأمـوال لأبـى عبـيد : ص ٣٩١ رقـم ١٢٢٩ وفـيه : (... عن عكرمة قال : لـيس فـى الديـن زكـاة) وأيضـاً : المغـنى لابن قدامة جـ ٢ ص ٦٣٧ رقم ١٩٣٧ .

والقول بعدم وجوب الزكاة فى الدين ، هو ما ذهب إليه الظاهرية [١] ، والمالكية إذا كان الدين أصله عن غير عوض ، كالهبة بيد واهبها ، وأرش الجــناية بــيد جانــيها ، أو كان عوضاً لعروض لم يقصد بها التجارة [٢] ، والشافعى فى قول [٣] ، وأحمد فى رواية [٤] ، والإمامية فى قول عندهم . [٥]

٥٦٩ – **الأدلــة** :

٥٧٠ – **أولاً : أدلــة الــرأى الأول** :

اســتدل أصحاب الرأى الأول على ما ذهبوا إليه من وجوب تزكية الديــن المــرجو كــل عام ويعجل أداء زكاته مع ماله بالمعقول وذلك من وجهيــن :

الوجـــه الأول : قياس الدين المرجو الأداء على المال المودع بجامع القدرة علــى أخــذه والتصــرف فيه والشيء المودع يزكى كل عام فكذلك الدين المرجو الأداء . [٦]

---

(١) المحلــى جـــ ٦ ص ١٠٣ رقــم ٦٩٦ ، وفــيه : (ومن كان له على غيره دين ، فســواء كــان حــالاً أو مؤجــلاً عــند ملئ مقر يمكنه قبضه ، أو منكر ، أو عند عديــم مقــر أو مــنكر كــل ذلــك ســواء ، ولا زكاة فيه على صاحبه ، ولو أقام عــنده ســنين حــتى يقبضــه ، فــإذا قبضــه استأنف به حولاً كسائر الفوائد ولا فرق) .

(٢) الشــرح الصــغير جـــ ١ ص ٢٤١ ، الشــرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه جـــ ١ ص ٤٦٨ ، ٤٦٩ .

(٣) الوســيط فــى المذهــب للغــزالى جـــ ٢ ص ٤٣٨ وفــيه : (وحكى الزعفرانى قولاً أنه لا زكاة فى الديون) .

(٤) المــبدع جـــ ٢ ص ٢٩٧ وفــيه : (وعــنه لا زكــاة فــى دين بحال : روى عن عائشة ، لأنه غير تام) .

(٥) جواهــر الكــلام جـــ ١٥ ص ٥٨ – ٥٩ ، وفــيه : (فأمــا إن كــان تأخيره من جهــة صــاحبه فقــيل : ... تجــب الــزكاة علــى مالكه ، وقيل : .... لا تجب الــزكاة ، والأول وإن كــان أحــوط إلا ان الــثانى أقــوى ...) وأيضاً : الحدائق الناضرة فى أحكام العترة الطاهرة جـ ١٢ ص ٣٣ ، ٣٤ .

(٦) الاســتذكار لابــن عــبد الــبر جـ ٩ ص ٩٧ رقم ١٢٥٦٠ ، التهذيب للبغوى جـــ ٣ ص ٧٣ ، مغــنى المحــتاج جـــ ١ ص ٤١٠ ، الغــنى لابــن قدامــة جـ ٢ ص ٦٣٧ رقم ١٩٣٧، المبدع فى شرح المقنع جـ ٢ ص ٢٩٦ ـ ٢٩٧ .

الوجـــه الثانى : قياس الدين المرجو الأداء على المال الذى تحت يده وفى بيته ، والمال الذى تحت يده يزكى كل عام فكذلك الدين المرجو الأداء . (١)

٥٧١ – **ثانياً : أدلـة الـرأى الثـانى** :

اســتدل أصحاب الرأى الثانى على ما ذهبوا إليه من وجوب تزكية الديــن المــرجو الأداء كــل عــام ، ولكن يؤخر الأداء إلى ما بعد القبض بما يأتى :

١. أما دليل وجوب تزكيته عن كل عام : فلأن الدين المرجو الأداء إنما هــو ديــن يمكن للدائن أن يقبضه وينتفع به ، فوجب أن يخرج عنه الزكاة عن كل عام كسائر ماله . (٢)

٢. وأمــا دلــيل وجــوب تأخير الزكاة إلى ما بعد القبض : فلأن الدين المرجو الأداء إنما هو دين لا يزال فى ذمة المدين ، فلا يلزم الدائن تزكيته قبل قبضه منه ولأن الزكاة إنما تجب فى الأموال على سبيل المواساة ، وليس من المواساة أن تخرج زكاة مال لا ينتفع به . (٣)

٥٧٢ – **مناقشة هذا الدليل** : ويناقش استدلال هذا الرأى على تأخير أداء زكاة الديــن إلى ما بعد القبض بما ذكره أبو عبيد القاسم بن سلام من أنه من ترك زكــاة دينه : (حتى يصير إلى القبض لم يكد يقف من زكاة دينه على حد ، ولــم يقم بأدائها ، وذلك أن الدين ربما اقتضاه ربه متقطعاً كالدراهم الخمسة والعشــرة ، وأكــثر من ذلك وأقل فهو يحتاج فى كل درهم يقبضه فما فوق ذلــك إلــى معــرفة ما غاب عنه من السنين والشهور والأيام ثم يخرج من زكاتــه بحساب ما يصيبه وفى أقل من هذا ما تكون الملالة والتفريط فلهذا أخــذوا لــه بالاحتياط فقالوا : يزكيه مع جملة ماله فى رأس الحول ، وهو

---

(١) الأمــوال لأبــى عبـيد ص ٣٩٢ رقــم ١٢٣٦ ، الاســتذكار : المــرجع الســابق الموضع نفسه .

(٢) المبدع جــ ٢ ص ٢٩٦ .

(٣) المغــنى لابــن قدامــة جــــ ٢ ص ٦٣٧ رقم ١٩٣٧ ، والمبدع : المرجع السابق الموضع نفسه .

عندى وجه الأمر) [١] .

٥٧٣ – **ثالثاً : دليل الرأى الثالث :**

استدل أصحاب هذا الرأى على ما ذهبوا إليه من أن الدين يزكى لعام واحد بعد قبضه ، أقول استدل أصحاب هذا الرأى على ما ذهبوا إليه بأن الزكاة يشترط لوجوبها إمكان الأداء ، والدين قبل قبضه غير ممكن الأداء فإذا قبض زكى لعام واحد . [٢]

٥٧٤ – **مناقشة هذا الدليل :**

ويناقش هذا الدليل بأن الدين المرجو الأداء لم يزل على ملك الدائن ، فيزكيه كل عام كسائر أمواله [٣] .

٥٧٥ – **رابعاً : دليل الرأى الرابع :**

استدل أصحاب هذا الرأى على ما ذهبوا إليه من وجوب زكاة الدين المرجو الأداء على المدين بأن المدين هو الذى ينتفع به ويتصرف فيه بالفعل ، فكانت زكاته واجبة عليه ، لقول إبراهيم النخعى ﷺ : (زكاته على الذى يأكل مهنأة) . [٤] [٥]

٥٧٦ – **مناقشة هذا الدليل :**

ويناقش هذا الدليل بأن نظرة أصحابه كما يقول بعض الفقهاء المعاصرين – إنما هى : (نظرة إلى من بيده المال ، لا إلى من يملكه ، وهذا مخالف لشرط الملك التام الذى يكاد يجمع عليه الفقهاء ...) [٦] .

٥٧٧ – **خامساً : دليل الرأى الخامس :**

استدل أصحاب هذا الرأى على ما ذهبوا إليه من عدم وجوب زكاة

---

(١) الأموال لأبى عبيد ص ٣٩٢ – ٣٩٣ رقم ١٢٣٦ .
(٢) المبدع : المرجع السابق الموضع نفسه .
(٣) الأموال لأبى عبيد ص ٣٩٢ ، رقم ١٢٣٨ .
(٤) مهنأة : ما يأتى بلا مشقة ، وأكل هنيئاً . ينظر : لسان العرب لابن منظور جـ ١٥ ص ١٤١ .
(٥) الأموال : ص ٣٩١ رقم ١٢٢٧ .
(٦) أ.د يوسف القرضاوى : فقه الزكاة جـ ١ ص ١٣٦ طبعة مؤسسة الرسالة – بيروت – الطبعة الثامنة عشر سنة ١٤٩١هـ ١٩٨٨م .

الديــن على الدائن أو على المدين بأن كلاً من الدائن والمدين لا يملك الدين ملكاً تاماً :

أمــــا الدائـــــن : فلأن المال ليس فى يده حقيقة ، وغيره هو الذى يتصرف فيه وينتفع به ، فكان ملكه عليه ليس تاماً .

وأمـــا المديــن : فلأن يده على الدين ليست يد ملك ، بل يد تصرف وانتفاع [1] .

أضــف إلى ذلك أن الدين إنما هو مال غير نام ،فلا زكاة فيه قياساً على عروض القنية [2].

٥٧٨ – مناقشة هـذا الدليـل :

ويــناقش هــذا الدليل بأننا نسلم لكم عدم وجوب زكاة الدين المرجو الأداء علــى المديــن ، ولكــن لا نسلم لكم عدم وجوب زكاته على الدائن ، وذلــك لأن الديــن وإن لم يكن فى يده إلا أنه ملكه ، كما أنه لما كان مرجو الأداء كــان قــادراً على أخذه والتصرف فيه ، فيجب زكاته كل عام كالمال المودع [3] .

٥٧٩– الترجيــح :

بعد عرض آراء الفقهاء فى هذه المسألة وأدلتهم ، ومناقشة الأدلة من الثانى إلى الخامس يتضح ــ والله أعلم بالصواب ــ أن الرأى الراجح هو ما ذهــب إليه أصحاب الرأى الأول القائلون إن زكاة الدين المرجو الأداء إنما تكــون على الدائن ، ويجب عليه إخراجها كل عام من ماله الحاضر ، وذلك لأن الديــن ــ والحالة هذه ــ إنما يكون بمنزلة المال الذى فى يده أو بمنزلة الوديعــة ، وهذا الرأى هو ما رجحه أبو عبيد [4] ، وابن عبد البر [5] ، وهو

---

(١) بدايــة المجــتهد جـــ ١ ص ٢٤٧ ، وأيضـــاً : أ.د يوســف القرضـــاوى المرجع السابق جـ ١ ص ١٣٦ .

(٢) المغنى لابن قدامة جـ ٢ ص ٦٣٧ رقم ١٩٣٧ ، المبدع جـ ٢ ص ٢٩٧ .

(٣) الاستذكار جـ ٩ ص ٩٧ رقم ١٢٥٦٠ ، التهذيب للبغوى جـ ٣ ص ٧٣ .

(٤) الأموال : ص ٣٩٢ رقم ١٢٣٦ .

(٥) الاستذكار : جـ ٩ ص ٩٧ رقم ١٢٥٦٠ .

مـا أخـذ بـه مجلـس مجمـع الفقه الإسلامى المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسـلامى فى دورة مؤتمره الثانى بجدة فى الفترة ما بين ١٠ – ١٦ ربيع الثانى ١٤٠٦هـ الموافق ٢٢– ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٨٥ فى قراره رقم (١) بشـان زكاة الديون ، إذ قرر فى المادة الأولى : (تجب زكاة الدين على رب الدين عن كل سنة ، إذا كان المدين مليئاً باذلاً) . [١]

الغصـن الثـانى

زكـاة الديـن غـير مرجـو الأداء

٥٨٠– إذا كان الدين غير مرجو الأداء بأن كان على معسر لا يرجى يساره أو على جاحد ولا بينة عليه ، فقد اختلف الفقهاء فى تزكيته على ثلاثة آراء :

٥٨١– الـرأى الأول :

وهـو مروى عن عثمان بن عفان ، وعبد الله بن عمر [٢] – رضى الله عنهما – وقتادة ، وإسحاق ، وأبى ثور [٣] ، والليث بن سعد [٤] ، ويرون أنـه إذا كـان الدين غير مرجو الأداء فلا زكاة فيه ، وإنما يستقبل به مالكه حولاً جديداً من يوم قبضه .

وهو ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة وصاحباه أبو يوسف ومحمد [٥] ،

---

(١) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامى : ص ١٠ .

(٢) المـبدع فـى شـرح المقـنع جـ ٢ ص ٢٩٨ وفـيه : (... وروى عن عثمان وابن عمر) .

(٣) المغـنى لابـن قدامـة جـ ٢ ص ٦٣٨ رقم ١٩٣٧ وفيه : (.... وهو قول قتادة ، وإسحاق ، وأبى ثور) .

(٤) الاسـتذكار لابـن عـبد الـبر جـ ٩ ص ٩٥ رقم ١٢٥٨٧ وفيه : (وقال الليث : لا زكاة عليه فيه ويستأنف به حولاً ..) .

(٥) مجمـع الأنهـر جـ ١ ص ١٩٤ وفـيه : (ولا فـى مال الضمار ... وإنما لا تجـب الـزكاة عـندهم ، لأن كـلاً مـن الملك والنماء فيه مفقود ...) وأيضاً : بدائع الصنائع جـ ٢ ص ٩ ، البحر الرائق جـ ٢ ص ٢٢٣ .

والشافعي في مقابل الأظهر [1] ، وأحمد في رواية [2] ، والظاهرية [3]، والزيدية [4] ، والإمامية . [5]

٥٨٢ - **الرأي الثاني** :

وهو ما ذهب إليه عطاء [6] ، والحسن [7] ، وعمر بن عبد العزيز [8]

---

(١) مغني المحتاج جـ ١ ص ٤١٠ ، وأيضاً : الوسيط في المذهب جـ ٢ ص ٤٣٨ ، التهذيب للبغوي جـ ٣ ص ٧٣ ، شرح الجلال المحلي على منهاج الطالبين وحاشيتا القليوبي وعميرة عليه جـ ٢ ص ٤٠ .

(٢) المغني لابن قدامة جـ ٢ ص ٦٣٨ رقم ١٩٣٧ وفيه : (الضرب الثاني : أن يكون على معسر ، أو جاحد أو مماطل به ، فهذا هل تجب فيه الزكاة ؟ على روايتين : إحداهما : لا تجب ...) وأيضاً : المبدع جـ ٢ ص ٢٩٧ ـ ٢٩٨ .

(٣) المحلى لابن حزم جـ ٦ ص ١٠٣ رقم ٦٩٦ وفيه : (ومن كان له على غيره دين ، فسواء كان حالاً أو مؤجلاً ، عند ملئ مقر يمكنه قبضه ، أو منكر ، أو عند عديم مقر ، أو منكر ، كل ذلك سواء ولا زكاة فيه على صاحبه ، ولو أقام عنده سنين حتى يقبضه ، فإذا قبضه استأنف به حولاً كسائر الفوائد ، ولا فرق) .

(٤) البحر الزخار جـ ٢ ص ١٥٣ وفيه : (ط ى .. ولا زكاة في الدين المأيوس ، ولو رجع إذ هو كالمعدوم ..) فـ (ط) رمز أبي طالب ، و(ى) رمز الإمام يحيى .

(٥) جواهر الكلام جـ ١٥ ص ٥٨ – ٥٩ وفيه : (... لا تجب الزكاة على الدين الذى لم يكن تأخيره من قبل صاحبه ، بل لأنه مؤجل ، أو لكونه على معسر ، أو نحو ذلك بلا خلاف أجده) وأيضاً : الحدائق الناضرة ، جـ ١٢ ص ٣٤ .

(٦) الاستذكار لابن عبد البر جـ ٩ ص ٩٦ رقم ١٢٥٩٢ .

(٧) الأموال لأبي عبيد : ص ٣٩٠ رقم ١٢٢٣ وفيه : (... عن الحسن قال : إذا كان للرجل دين حيث لا يرجوه فأخذه بعد ، فليؤد زكاته سنة واحدة) وأيضاً : الاستذكار جـ ٩ ص ٩٦ رقم ١٢٥٩٢ .

(٨) الموطأ بهامش المنتقى للباجي جـ ٢ ص ١١٣ وفيه : (... أن عمر بن عبد العزيز كتب في مال قبضه بعض الولاة ظلماً يأمر برده إلى أهله ، ويؤخذ زكاته لما مضى من السنين ، ثم عقب بعد ذلك بكتاب أن لا يؤخذ منه إلا زكاة واحدة فإنه كان ضماراً) .

وميمون بن مهران[١] ، والأوزاعى [٢] ، ويرون أن الدين إذا كان غير مرجو الأداء فـإن الدائن يزكيه إذا قبضه لسنة واحدة وهو مذهب مالك فى الديون كلها مرجوة وغير مرجوة [٣] ، وقد قال بذلك بعض الفقهاء المعاصرين . [٤]

٥٨٣- الـرأى الثالث :

وهـو مـا ذهـب إلـيه على بن أبى طالب [٥] ، وابن عباس [٦] ، والـثورى [٧] ويرون أن الدين إذا كان غير مرجو الأداء ، فإنه متى قبضه

---

(١) الأمـوال : ص ٣٩٠ رقـم ١٢٢٤وفـيه : (... عـن مـيمون بن مهران قال : كتـب إلـى عمـر بـن عـبد العزيز فى مال رده على رجل فأمرنى أن آخذ منه زكـاة مـا مضـى مـن السـنين ، ثـم أردفنى كتاباً : أنه كان مالاً ضماراً ، فخذ مـنه زكـاة عامـه) وأيضـاً : الاسـتذكار لابـن عبد البر جـ ٩ ص ٩٥ رقم ١٢٥٨١ .

(٢) الاستذكار جـ ٩ ص ٩٦ رقم ١٢٥٩٢ .

(٣) الموطـأ جـ ٢ ص ١١٤ وفـيه : (قـال مـالك : الأمـر الذى لا اختلاف فيه عـندنا فـى الديـن أن صـاحبه لا يزكيه حتى يقبضه وإن أقام عند الذى هو عليه سـنين ذوات عـدد ، ثـم قبضـه صـاحبه لـم تجـب عليه إلا زكاة واحدة ..) الاسـتذكار لابـن عـبد الـبر جـ ٩ ص ٩٦ رقم ١٢٥٩١ وفيه : (... أما مالك ـ رحمـه الله ـ فإنـه أوجـب فـيه زكـاة واحـدة قياساً على مذهبه فى الدين ، وفى العرض للتجارة إذا لم يكن صاحبه مديراً) .

(٤) وذلـك كالعلامـة أبـى الأعلـى المـودودى فى كتابه : فتاوى الزكاة ص ٢٧ – ٣٠ طـبعة مركـز أبحـاث الاقتصـاد الإسلامى سنة ١٤٠٥هـ والأستاذ الدكتور يوسف القرضاوى فى كتابه : فقه الزكاة جـ ١ ص ١٣٨ .

(٥) الأمـوال لأبـى عبـيد : ص ٣٩٠ رقـم ١٢٢٠ وفـيه : (وأما الذى يكون غير مـرجو فـإن يـزيد حدثـنا عـن هشـام بن حسان عن ابن سيرين عن عبيدة عن علـى فـى الديـن الظـنون قـال : إن كـان صادقاً فليزكه إذا قبضه لما مضى) وأيضـاً : رقـم ١٢٢١ ، مصـنف ابـن أبى شيبة : كتاب الزكاة جـ ٣ ص ٥٣ طبعة دار الفكر ـ بيروت الطبعة الأولى سنة ١٤٠٩هـ ١٩٨٩م .

(٦) الأمـوال لأبـى عبـيد ص ٣٩٠ رقـم ١٢٢٢ وفـيه : (... عن ابن عباس قال فـى الديـن : إذا لـم تـرج أخـذه فلا تزكه حتى تأخذه ، فإذا أخذته فزك عنه ما عليه) .

(٧) الاسـتذكار جـ ٩ ص ٩٦ رقـم ١٢٥٨٩ ، المغـنى لابـن قدامـة جـ ٢ ص ٦٣٨ رقـم ١٩٣٧ . هـذا : ويفهـم مـن هـذا مع ما تقدم فى الغصن السابق أن علـياً ـ رضـى الله عـنه ـ والـثورى لا يفـرقان بيـن الديـن المرجو ===

زكاه لما مضى من السنين .

وهـذا الـرأى هـو ما قال به زفر من الحنفية [1] ، والشافعى فى الجديد [2] ، وأحمد فى رواية[3] وأبو عبيد . [4]

٥٨٤ – **الأدلـة** :

٥٨٥ – **أولاً** : **أدلـة الـرأى الأول** :

اسـتدل أصـحاب الرأى الأول على ما ذهبوا إليه من عدم وجوب الـزكاة فى الدين غير المرجو ، فإذا قبضه استقبل به حولاً جديداً بالمعقول وذلك من ثلاثة أوجه :

الوجـه الأول : إن من شروط وجوب الزكاة الملك التام ، وملك الدائن لهذا الديـن إنما هو ملك غير تام بل هو ملك ناقص ، وذلك لأنه مملوك رقبة لا يـداً ، وبالـتالى يكون قد خرج عن يده ، فلا تجب عليه الزكاة ، قياساً على المال الذى فى يد مكاتبه . [5]

أضـف إلى ذلك أن " الملك الناقص ليس بنعمة كاملة ، والزكاة إنما

=== الأداء ، والديـن غـير المـرجو الأداء ، ففـى الحالتيـن يزكيه الدائن عند قبضه لما مضى من السنين .

(١) الـبدائع جـ ٢ ص ٩ ، تبييـن الحقـائق جـ ١ ص ٢٥٦ ، مجمـع الأنهـر جـ ١ ص ١٩٤ وفـيه : (خلافـاً لزفـر ... حيـث قـال : تجـب فيه الزكاة للسنين الماضية إذا وصلت يده إليه ...) .

(٢) الوسـيط فـى المذهـب جـ ٢ ص ٤٣٨ ، التهذيـب للبغوى جـ ٣ ص ٧٣ ، مغـنى المحـتاج جـ ١ ص ٤١٠ وفـيه : (وفـى الجديد : إن كان حالاً وتعذر أخـذه لإعسـار ، وغـيره كمطـل ، أو غيـبة ملئ ، وجحود فكمغصوب فتجب فـيه فـى الأظهـر ، ولا يجـب إخـراجها حـتى يحصل ...) وأيضاً : رحمة الأمـة فـى اخـتلاف الأئمـة لصـدر الدين الدمشقى العثمانى الشافعى : ص ٣٨ – ٣٩ طبعة المطبعة الأميرية الكبرى ط الأولى سنة ١٣٠٠هـ .

(٣) المغـنى لابـن قدامـة جـ ٢ ص ٦٣٨ رقـم ١٩٣٧ وفيه : (الضرب الثانى : أن يكـون علـى معسـر ، أو جـاحد أو مماطل به ، فهذا هل تجب فيه الزكاة ؟ علـى روايتيـن : الأولـى ... والثانـية : يزكـيه إذا قبضـه لمـا مضى ...) وأيضاً : المبدع جـ ٢ ص ٢٩٧ .

(٤) الأموال لأبى عبيد : ص ٣٩٣ رقم ١٢٣٧ .

(٥) التهذيب للبغوى جـ ٣ ص ٧٣ ، مغنى المحتاج جـ ١ ص ٤١٠ .

تجب فى مقابلتها..." [١] .

الوجـــه الثانى : إن الدين غير المرجو غير مقدور على الانتفاع به فى حق المـــالك ، لعدم وصول يده عليه ، والمال إذا لم يكن مقدوراً على الانتفاع به فى حق المالك لا يكون المالك به غنياً ولا زكاة على غير الغنى . [٢]

جاء فى المبدع : " ... ولأن الزكاة وجبت فى مقابلة الانتفاع بالنماء حقيقة أو مظنة ، وهو مفقود هنا " . [٣]

الوجـــه الثالث : إن السبب فى وجوب الزكاة هو المال النامى ، ولا نماء إلا بالقدرة على التصرف ولا قدرة عليه فى الدين غير المرجو ، فلا زكاة . [٤]

٥٨٦ – ثانياً دليل الرأى الثانى :

اســتدل أصــحاب هذا الرأى على ما ذهبوا إليه من زكاة الدين غير المــرجو إذا قبضـــه لسنة واحدة بأن الزكاة إنما تجب فى المال الذى يمكن تنميـــته ، ولا يكون فى يد غيره ، والدين غير المرجو إنما هو مال قد زالت يد الدائن عنه إلى يد غيره ، ومنع هذا من تنميته ، فلم تجب عليه غير زكاة واحدة . [٥]

٥٨٧ – منـــاقشـــة دليـــل هـــذا الـــرأى :

وقـــد ناقش الإمام أبو عبيد بن سلام رأى من قال بإيجاب الزكاة فى الدين غير المرجو إذا قبضه لعام واحد فقط بقوله : " وأما الداخل على من رأى عليه زكاة عام واحد ، فإنه يقال له : ليس يخلو هذا المال من أن يكون كالمـــال يفيده تلك الساعة على مذهب أهل العراق فيلزمك من ذلك ما لزمهم مـــن القول [٦] ، أو أن يكون كسائر ماله الذى لم يزل لـــه ، فعليه الزكاة لما

---

(١) أ.د يوسف القرضاوى : مرجع سبق ذكره جـ ١ ص ١٣٨ .

(٢)البدائع جـ ٦ ص ٩ .

(٣) جـ ٢ ص ٢٩٨ .

(٤) البناية على الهداية جـ ٣ ص ٢٦ ، المبدع جـ ٢ ص ٢٩٨ .

(٥) المنـــتقى للـــباجى جـــ ٢ ص ١١٣؛ المنـــتقى شـــرح الموطـــأ للـــباجى جـ ٢ ص ١١٤ .

(٦) أى : يســتأنف بــه عــند قبضـــه حولاً جديداً ، ولا زكاة عليه فيما مضى . يراجع آنفاً الرأى الأول من هذه المسألة فقرة ٥٤٣ من هذه الرسالة .

مضى من السنين كقول على وابن عباس فأما زكاة عام واحد فلا نعرف لــه وجهاً ..." [1] .

٥٨٨ – **ثالثاً** : **أدلة الرأى الثالث** :

اســتدل أصــحاب هذا الرأى على ما ذهبوا إليه من زكاة الدين غير المرجو إذا قبضه لما مضى من السنين بالمعقول ، وذلك من وجهين :

الوجـــه الأول : إن السبب وهو الملك ، وقد تحقق ، وفوات اليد غير مخل بالوجوب قياساً على مال ابن السبيل . [2]

٥٩٠ – **منــاقشــة هــذا الوجــه** :

ويناقش استدلال أصحاب هذا الرأى بأن قولكم : إن السبب قد تحقق، غير مسلم ؛ لأن سبب وجوب الزكاة هو المال النامى ، ولا نماء إلا بالمقدرة على التصرف ، والدين غير المرجو لا يقدر على التصرف فيه وبالتالى لا تجب فيه الزكاة ، كما أن قياس الدين غير المرجو على مال ابن السبيل إنما هو قياس مع الفارق ، ووجه الفرق : أن مال ابن السبيل مقدور على الانتفاع به بنائبه ، بدليل تمكنه من بيعه ، وجواز بيعه دليل على المقدرة عليه ، ولا كذلك الدين غير المرجو . [3]

٥٩١ – **الوجــه الثــانى** :

وقــد علل أبو عبيد وجوب تزكية هذا الدين إذا قبضه لما مضى من السنين بقوله : " ... وذلك لأن هذا المال وإن كان صاحبه غير راج له ، ولا طامع فيه ، فإنه ماله وملك يمينه ، فمتى ثبته على غريمه بالبينة ، أو أيسر بعــد إعــدام كان حقه جديراً عليه ، فإن أخطأه ذلك فى الدنيا ، فهو لــه فى

---

(١) الأموال لأبى عبيد ص ٤٩٤ رقم ١٢٣٧ – ١٢٣٨ .

(٢) الــبدائع جـــ ٢ ص ٩ ، البــناية علــى الهدايــة جــ ٣ ص ٢٦ ، مجمع الأنهر جــ ١ ص ١٩٤.

(٣) بدائــع الصـــنائع جـــ ٢ ص ٩ ، شـــرح فتح القدير للكمال بن الهمام جــ ٢ ص ١٢٣ ، البــناية علــى الهدايــة جـــ ٣ ص ٢٦ ـــ ٢٧ ، الاختيار لتعليل المختار جــ ١ ص ١٠١ – ١٠٢ ، مجمع الأنهر جــ ١ ص ١٩٤ .

الآخـرة ... فـلا أرى ملكه زال عنه على حال ، ولو كان زال عنه لم يكن أولـى به من غيره عند الوجدان ، فكيف يسقط حق الله عنه فى هذا المال ، وملكه لم يزل عنه ؟ ! ... " [1] .

٥٩٢ – مناقشة هذا الوجه :

ويناقش هذا الوجه بأن الدين غير المرجو " لو أوجبنا عليه فيه الزكاة فى عام وهو بيد غيره ، ونماؤه له لأدى ذلك لأن تستهلكه الزكاة ... " [2] .

٥٩٣ – الترجيح :

بعـد عـرض آراء الفقهاء فى هذه المسألة ، ومناقشة ما ذهب إليه أصحاب الرأيين الثانى والثالث ، أجد لى نفساً تميل إلى ما ذهب إليه أصحاب الرأى الأول الذين يرون أنه إذا كان الدين غير مرجو الأداء ، فلا زكاة عليه فيما مضى من السنين ، فإذا قبضه استقبل به حولاً جديداً ، وذلك لقوة أدلته وسلامتها من المناقشة ، وهذا الرأى هو ما اختاره وتبناه مجلس مجمع الفقه الإسـلامى فى دورته الثانية المنعقدة بجدة فى الفترة ما بين ١٠ – ١٦ ربيع الـثانى سنة ١٤٠٦هـ الموافق ٢٢ – ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٨٥م، حيث جاء فى قراره رقم (١) بشأن زكاة الديون :

" ثانـياً : تجـب الـزكاة على رب الدين بعد دوران الحول من يوم القبض إذا كان المدين معسراً ، أو مماطلاً " [3] .

الفـرع الثـانى

حكم احتساب الديـن الذى علـى المديـن المعسـر من الزكـاة

٥٩٤- تصوير المسألة :

وصـورة المسـألة أن يكون لشخص على آخر دين ويكون المدين معسـراً بحيث لا يستطيع سداد الدين ، فيسقط الدائن عنه هذا الدين على أن يحسب ذلك من الزكاة .

---

(١) الأموال لأبى عبيد : صـ ٣٩٣ رقم ١٢٣٨ صـ ٦٣٨ رقم ١٩٣٧ .

(٢) المنتقى شرح الموطأ للباجى جـ ٢ ص ١١٤ .

(٣) قـرارات وتوصـيات مجمـع الفقـه الإسـلامى المنبـثق مـن مـنظمة المؤتمر الإسلامى بجدة ص ١٠ .

٥٩٥- **حكم المسألة** :

اختلف الفقهاء فى ذلك على رأيين :

٥٩٦- **الـــرأى الأول** : وهــو للحنفــية [(١)] ، والمالكــية عدا أشهب [(٢)] ، والشــافعيــة فـــى الأصـــح [(٣)] ، والحنابلــة [(٤)] ، وأبــو عبيــد [(٥)] ،

---

(١) ومحــل عــدم الجــواز عــند الحنفــية أن ينوى الدائن بهبة الدين لمدينه زكاة مال عــند الدائــن ، أو يــنوى زكــاة ديــن عند آخر على غيره ، أما إذا وهب للمدين قــدر زكــاة مــا علــيه مــن الدين فهو جائز عندهم . ينظر : المبسوط للسرخسى جـــ ٢ ص ٢٠٣ ، الفــتاوى الخانــية جـــ ١ ص ٢٦٣ ــ ٢٦٤ بهامش الجزء الأول مـــن الفــتاوى الهــندية ، الفــتاوى الــبزازية جـ ١ ص ٨٧ بهامش الجزء الــرابع مـــن الهــندية ، الفــتاوى الأنقــروية جـ ١ ص ١٤ وفيها : (رجل وهب ديــنه مــن مديونــه الفقــير ، ونــوى به الزكاة عن الدين الذى عليه يجوز ، ولو نوى به زكاة نصاب عند نفسه، أو زكاة دين كان على غيره لا يجوز ...).

(٢) فــتاوى ابــن رشــد جـــ ٢ ص ٩٠٩ رقــم ٢٣٣ طبعة دار الغرب الإسلامى ، الطــبعة الأولـــى ســنة ١٤٠٧هـــ ١٩٨٧م وفيها : (وسئل ــ رضى الله عنه ــ عــن الــرجل تكــون لـــه دراهم عند أناس ضعفاء ، فيحول حول الزكاة ، فيريد أن يــتركه لهــم عوضــاً عــن زكاتــه ، هــل يجوز لـــه أم لا ؟ .... فأجاب ــ رضـــى الله عــنه ــ علـــى ذلـــك : (لا يجــوز لـــــه أن يعد ذلك من زكاته ، ولا تجــزئه إن فعــل) ومضـــمون الفــتوى السابقة موجود فى المعيار المعرب جـــ ١ ص ٣٨٩ ، ويــنظر فـــى تقريــر الحكــم الســابق : مواهــب الجليل جـ ٢ ص ٣٤٥ ، شــرح الــزرقانى علـــى مختصــر خليل جـ ٢ ص ١٧٥ ، الشرح الكبير للدردير جـ ١ ص ٤٩٣ .

(٣) المجمـــوع للإمـــام الــنووى جـــ ٦ ص ٢١٠ وفيه : (إذا كان لرجل على معسر ديــن فــأراد أن يجعلــه مــن زكاتــه ، وقال لــه : جعلته عن زكاتى ، فوجهان حكاهمــا صــاحب البــيان ، (أصــحهما) : لا يجــزئه ، وبه قطع الصيمرى ... لأن الــزكاة فـــى ذمــته فــلا يــبرأ إلا بإقباضـــها) روضة الطالبين جـ ٥ ص ٣٧٤ ــ ٣٧٥ ، العزيــز شــرح الوجــيز جـــ ٦ ص ٣١٨ ، مغــنى المحتاج جـ ٢ ص ٤٠٠ .

(٤) الفــروع لابــن مفلــح جـــ ٢ ص ٦٢٠ وفيه : (وإن أبرأ رب الدين غريمه من ديــنه بنــية الــزكاة لــم يجزئه . نص عليه ، سواء كان المخرج عنه عيناً أو ديناً ...) الإنصــاف فـــى معــرفة الــراجح مـــن الخلاف جـ ٣ ص ٣٥١ ، فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية جـ ٢٥ ص ٨٤ .

(٥) الأموال لأبى عبيد : ص ٣٩٤ رقم ١٢٤٣ .

والـزيدية [١] ، ويرون أنه لا يجوز للدائن أن يبرئ مدينه المعسر من الدين الذى له عليه ، على أن يحسب ذلك من زكاة ماله .

٥٩٧- الـرأى الثانى : وهو لعطاء بن أبى رباح [٢] ، والحسن البصرى [٣] ـ رحمهمـا الله تعالى ويريان أنه يجوز للدائن أن يبرئ مدينه المعسر من دينه على أن يحسب ذلك من الزكاة .

وممـن قـال بذلـك أشهـب مـن المالكيـة [٤] ، والشافعية [٥] فـى وجـه عـندهـم ، واحتمـال عند الحنابلة [٦] ، والظاهرية [٧] ،

---

(١) الـتاج المذهـب جـ ١ ص ٢١٩ وفـيه : (ويجـوز ولا يجزئ الإبراء للفقير عـن ديـن علـيه لـرب المال بنية جعل ذلك الدين زكاة المبرئ ، بل يقبضه رب المـال مـن الفقـير ثـم يصرفه فيه ، أو يوكله بقبضه من نفسه ، أو يوكل الفقير رب المـال يقـبض لـه مـن نفسـه ، ثـم يقبضه عن دينه ، ولابد من قبضين لفظاً ، الأول للزكاة ، والثانى للقضاء) .

(٢) الأمـوال لأبـى عبـيد : ص ٣٩٤ رقـم ١٢٤٠ وفـيه : (... حدثـنا أبو معاوية عـن عـبد الواحـد بـن أيمـن قـال : قلت لعطاء بن أبى رباح : لى على رجل ديـن ، وهـو معسـر ، أفأدعـه لـه وأحتسب به من زكاة مالى ؟ فقال : نعم) وأيضاً : المحلى جـ ٦ ص ١٠٦رقم ٦٩٨ ، الفروع جـ ٢ ص ٦٢٠ .

(٣) وذلـك إذا كـان الديـن مـن قـرض ، أما إذا كان الدين من بيع فلا يراه الحسن مجـزئاً ، يـنظر : الأمـوال لأبـى عبيد ص ٣٩٤ رقم ١٢٤١ وفيه : (... عن الحسـن أنـه كـان لا يـرى بذلـك بأسـاً إذا كـان مـن قرض ، فأما بيوعكم هذه فلا) .

(٤) مواهـب الجلـيل جـ ٢ ص ٣٤٥ وفـيه (وقال أشهب يجزئه) شرح الزرقانى علـى مختصـر خلـيل جـ ٢ ص ١٧٥ الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه جـ ١ ص ٤٩٤ .

(٥) المجمـوع للـنووى جـ ٦ ص ٢١٠ - ٢١١ وفـيه : (.. والـثانى : يجـزئه وهو مذهب الحسن البصرى وعطاء) .

(٦) الفـروع جـ ٢ ص ٦٢٠ وفـيه : (.... خلافـاً للحسـن وعطاء ، ويتوجه لنا احـتمال وتخـريج كقولهمـا بـناء على أنه هو تمليك أم لا) وهناك رأى حكاه شـيخ الإسـلام ابـن تيمـية واخـتاره ، حاصـله أنه يجوز ان يسقط الدائن عن المديـن قـدر زكـاة الـذى عليه ، ويكون ذلك زكاة ذلك الدين . ينظر : مجموع فـتاوى شـيخ الإسـلام جـ ٢٥ ص ٨٤ ، الفـروع جـ ٢ ص ٦٢٠ ، الإنصاف جـ ٣ ص ٣٥١ .

(٧) المحلـى جـ ٦ ص ١٠٥ رقـم ٦٩٨ وفـيه : (ومر كان لـه دين على بعض أهـل الصـدقات، وكـان ذلـك الدين براً ، أو شعيراً ، أو ذهباً ، أو فضة ، ===

والإمامية . (1)

٥٩٨- **الأدلـة** :

٥٩٩- **أولاً** : **أدلـة أصحاب الـرأى الأول** :

اسـتدل أصـحاب الرأى الأول على ما ذهبوا إليه من أنه لا يجوز للدائـن إبـراء مديـنه المعسر من الدين الذى عليه على أن يحسب ذلك من الزكاة ، بالمعقول وذلك من ثلاثة أوجه :

الوجـه الأول : إنـه لـم يرد عن رسول الله ﷺ ولا عن أحد من الخلفاء الراشدين ﷺ أنه أذن لشخص فى احتساب دينه الذى على الغير من الزكاة ، بل إن سنة رسول الله ﷺ وكذا خلفاؤه ﷺ فى الصدقة كانت على خلاف هذا الفعـل ، وذلك لأن رسول الله ﷺ كان يأخذها من أعيان المال مقبوضة من الأغنياء ، ثم يردها إلى الفقراء . (2)

الوجـه الثـانى : **إن الدين بيد المدين المعسر إنما هو أنقص فى المالية من الأعيان الموجودة بيد الدائن ، فإذا جعل الدين الذى على المدين المعسر زكاة للمـال الذى بيده ، كان الذى أخرجه دون الذى يملكه ، وكان بمثابة إخراج الناقص عن الكامل ، والخبيث عن الطيب ، وهذا لا يجوز .** (3)

الوجـه الثالـث : **إنه يخشى إن أجيز ذلك أن يكون المنتفع بها هو الدائن**

=== أو ماشـية ، فتصـدق علـيه بديـنه قبله ، ونوى بذلك أنه من زكاته أجزأه ذلـك ، وكذلـك لـو تصـدق بذلـك الدين على من يستحقه ، وأحاله به على من هو لـه عنده ، ونوى بذلك الزكاة ، فإنه يجزئه ...).

(1) الحدائـق الناضـرة جـ ١٢ ص ١٩٥ وفـيه : (وقـد صرح الأصحاب بأنه لو كـان لـه ديـن علـى فقـير جـاز لـه مقاصته به من الزكاة ، وهو مما لا خـلاف فـيه) يعـنى عـند الإماميـة ، وأيضـاً : الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية جـ ٢ ص ٨٠ .

(2) الأموال لأبى عبيد : ص ٣٩٤ ــ ٣٩٥ رقم ١٢٤٤ .

(3) المبسـوط للسرخسـى جـ ٢ ص ٢٠٣ ، شـرح الـزرقانى على المختصر جـ ٢ ص ١٧٥ ، مواهـب الجلـيل جـ ٢ ص ٣٤٥ ، مجمـوع فـتاوى شـيخ الإسـلام ابـن تيمـية جـ ٢٥ ص ٨٤ ، وفـيه : (... بخلاف ما إذا كان ماله عيـناً وأخـرج ديـناً ، فـإن الذى أخرجه دون الذى يملكه ، فكان بمنزلة إخراج الخبيـث عـن الطيـب ، وهـذا لا يجـوز ، كما قال تعالى : ﴿ **وَلَا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنفِقُونَ** ﴾ البقرة من الآية ٢٦٧ .

المزكى ، وبيان ذلك : أن الزكاة واجبة عليه حتماً ، ومدينه الذى عليه الدين إنمـــا هو مدين معسر فلو أجزنا للدائن أن يحسب دينه من الزكاة ، لكان هو المنتفع من ذلك لأنه استعمل الزكاة فى استيفاء دينه ، والله ــ سبحانه وتعالى ــ لا يقبل إلا ما كان خالصاً لوجهه الكريم . [1]

٦٠٠- ثانياً : أدلـة أصـحاب الـرأى الثـانى :

استدل أصحاب الرأى الثانى على ما ذهبوا إليه من أنه يجوز للدائن أن يــبرئ مديـــنه المعســـر من دينه على أن يحسب ذلك من الزكاة بالسنة والمعقول :

٦٠١- أولاً : مـن السـنة : فمن السنة ما روى عن أبى سعيد الخدرى ﷺ قال : (أصـــيب رجل فى عهد رسول الله ﷺ فى ثمار ابتاعها فكثر دينه ، فقال رسول الله ﷺ تصدقوا عليه) .[2]

وجـــه الاســـتدلال من الحديث : إن رسول الله ﷺ قد أمرهم أن يحطوا عنه ديـــنه ، وظاهـــر الأمر بالصدقة على المدين جواز احتساب الحط من الدين زكاة ، لأن كلمة (صدقة) عند الإطلاق تشمل الزكاة .

قـــال ابن حزم : " برهان ذلك : أنه مأمور بالصدقة الواجبة ، وبأن يتصـــدق على أهل الصدقات من زكاته الواجبة عليه منها ، فإذا كان إبراؤه من الدين يسمى صدقة فقد أجزأه " [3] ثم ذكر الحديث المذكور .

مناقشـــة هـــذا الاستدلال : ويناقش استدلال ابن حزم بهذا الحديث بأن قول رسول الله ﷺ : (تصدقوا عليه) يحتمل أن يكون بمعنى : ادفعوا إليه ؛ لأنه صـــار غارماً ، فهو من أهل الصدقات ، ويحتمل أن يكون معناه حطوا عنه الدين ، أو من الدين ، كما فى قوله تعالى : ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [4] .

---

(١) الأموال لأبى عبيد : ص ٣٩٥ رقم ١٢٤٦ .

(٢) سبق تخريجه فقرة ٤٨٨ من هذه الرسالة .

(٣) المحلى جـ ٦ ص ١٠٦ رقم ٦٩٨ .

(٤) سورة البقرة من الآية رقم : ٢٨ .

أمـــا أن يحمل هذا القول من النبى ﷺ على إسقاط الدين واحتســـاب ذلـــك مـــن الـــزكاة ، فيرد عليه بمثل ما يرد ابن حزم ــ رحمه الله ــ على خصومه ، فيقال لــــه : " هذا تحكم ظاهر ، فمن أخبرنا أن الدين كان لإنسان وجبــت زكاتــه ولم يخرجها بعد وكان هذا الدين على ذلك المبتاع المعسر نفسه ؟ علماً بأن الخطاب لم يوجه إلى أصحاب الثمار الذين باعوها وحدهم ، بل كان عاماً للناس .

ومعلوم أن الصحابة كانوا يسارعون إلى أداء الزكاة ، ولا يؤخرونها حتى يظهر لهم مدين مفلس ، ويأمرهم النبى ﷺ بأدائها لهذا المدين ، أو أن يسقطوا دينهم عنه ، ويحتسبوا ذلك زكاة.

ولو سلمنا أن الخطاب كان موجهاً للدائنين ، فمن أخبرنا أنهم كانوا لم يـــؤدوا زكاة أموالهم؟ بل من أخبرنا أنهم كانت لهم أموال وجبت فيها الزكاة حـــتى جـــاء هـــذا الخطاب ؟ ثم إن الصدقة أعم من الزكاة الواجبة ، فيكف نقصرها هنا على الزكاة ؟ فإنظار المدين صدقة ، والتخفيف من الدين صدقة ، والإبراء منه صدقة " . [1]

٦٠٢ – **ثانـيـاً مــن المعقـول** : أما من المعقول فإن احتساب الدائن الدين الذى علـــى مدينه من الزكاة جائز ، قياساً على ما لو كان عنده دراهم وديعة عند شخص فجعلها زكاة ، فإنه يجزئه وإن لم يقبضها ، فكذلك هذا . [2]

مناقشة هذا الدليل : ويناقش هذا الدليل بأن قياس احتساب الدائن الدين الذى على مدينه من الزكاة ، على احتساب المودع الوديعة زكاة على المودع عنده إنما هو قياس مع الفارق وجه الفرق : أن الوديعة إنما هى مملوكة للمزكى

---

(١) الدكـــتور محمـــد علـــى بـــن إبراهـــيم العمـــرى : حكم احتساب إبراء المعسر من الديـــن زكـــاة ، وهـــو بحـــث منشـــور فـــى مجلـــة البحوث الفقهية المعاصرة ــ المملكـــة العربـــية الســـعودية ــ العـــدد الـــرابع والثلاثون السنة التاسعة ــ محرم ــ صـــفر ــ ربـــيع الأول ١٤١٨هــــ ــ يولـــيو ــ أغسطس ــ سبتمبر ١٩٩٧م ص ١٨٥ ــ ١٨٦ .

(٢) المجموع للإمام النووى جــ ٦ ص ٢١١ .

، ويد الفقير (المودع عنده) يد أمانة ، فإذا جعلها المودع زكاة للمودع عنده ، فقد ملك له عيناً ، وليس ديناً ، بخلاف الحال فى مسألتنا فإن الشىء المسقط دين فافترقا .[1]

٦٠٣ - **الترجيـــح** :

بعـــد عـــرض آراء الفقهاء فى هذه المسالة ، وأدلتهم ، ومناقشة ما اســـتدل به أصحاب الرأى الثانى ، يتضح لى ـــ والله أعلم بالصواب ـــ أن الـــرأى الذى ينبغى العمل به هو الرأى الأول الذى يرى عدم جواز احتساب الديـــن الذى على المدين المعسر من الزكاة ، وذلك لأنه يخشى إن أجيز ذلك أن يكـــون المســـتفيد من الزكاة هو الدائن المزكى ، كما سبق بيانه .[2] مع ملاحظة أن هناك حالتين لا بأس فيهما من العمل بما قال بـــه أصحاب الرأى الثانى ، من جواز احتساب الدين الذى على المدين من الزكاة :

الحالـــة الأولى : إذا علم من حال من تجب عليه الزكاة أنه إذا لم يحسب ما على مدينه الفقير من زكاته لم يزك .[3]

الحالـــة الثانية : إذا أسقط الدائن عن المدين من الدين قدر ما عليه من زكاة ذلك الدين ، وذلك لأن الزكاة مبناها على المواساة ، وهنا قد أخرج الدائن من جنس ما يملك .[4]

---

(١) فـــى هـــذا المعـــنى : الدكـــتور محمـــد على بن إبراهيم العمرى : فى بحثه السابق ص ١٨٩ .

(٢) يراجع فقرة ٥٩٩ من هذه الرسالة .

(٣) حاشـــية الدســـوقى علـــى الشـــرح الكبـــير جـــ ١ ص ٤٩٤ وفيه : (متى علم من حـــال مـــن تجـــب علـــيه الزكاة أنه إن لم يحسب ما على العديم من زكاته لم يزك ، فإنـــه ينـــبغى العمـــل بمـــا قاله أشهب ، لأن إخراج الزكاة على قول أحسن من لزومها له على كل قول) .

(٤) مجمـــوع فـــتاوى شـــيخ الإســـلامى ابـــن تيمية جـــ ٢٥ ص ٨٤، الإنصاف جـ٣ ص ٣٥١ ، الفـــتاوى الخانـــية جـــ ١ ص ٢٦٤ ، الفـــتاوى الأنقـــروية جـــ ١ ص ١٤ .

المبحث الثانى

التصرف فى الديون بالوصية [1] بها فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

٦٠٤ – ويشتمل على مطلبين :

(١) معنى الوصية فى اللغة :
الوصية اسم مصدر بمعنى الإيصاء ، أو التوصية ، يقال : وصيت إليه وصاية ، ووصية ، ووصيته ، وأوصيته وأوصيت إليه ، ووصيت الشىء بالشىء وصياً : وصلته ، قال الأزهرى : إنما سميت الوصية وصية ؛ لأن الميت لما أوصى وصل ما كان فيه من أيام حياته بما بعده من أيام مماته .
ينظر : لسان العرب جـ ١٥ ص ٣٢١ ، المصباح المنير جـ ٢ ص ٦٦٢ ، مختار الصحاح ص ٧٢٥ ، ٧٢٦ .

تعريف الوصية فى اصطلاح الفقهاء :

عرفت الوصية بعدة تعريفات فى الفقه الإسلامى :

١- فعرفها الحنفية بأنها : (تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ، سواء أكان عيناً أم منفعة) ينظر : مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٦٩١ ، تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٨١ ، اللباب فى شرح الكتاب جـ ٤ ص ١٦٨ .
٢- أما المالكية فمنهم من عرفها بمثل التعريف السابق . ينظر : مواهب الجليل للحطاب جـ ٩ ص ٣٦٤ ، ومنهم من عرفها بأنها : (عقد يوجب حقاً فى ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده) ينظر : شرح حدود ابن عرفة للرصاع جـ ٢ ص ٦٨١ .
٣- وعرفها الشافعية بأنها : (تبرع بحق مضاف ولو تقديراً لما بعد الموت) ينظر : مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٣٩ شرح منهج الطلاب للشيخ زكريا الأنصارى وحاشية الجمل عليه جـ ٦ ص ١١٩ .
٤- وعرفها الحنابلة بأنها : (الأمر بالتصرف بعد الموت ، أو التبرع بالمال بعده) ينظر : الروض المربع شرح زاد المستقنع : ص ٣٣١ ، وفى المعنى ذاته : كشاف القناع جـ ٤ ص ٣٣٧ .

تعريف الوصية فى القانون :

عرفها قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م فى مادته الأولى بأن (الوصية تصرف فى التركة مضاف إلى ما بعد الموت) .

مشروعية الوصية :

والوصية مشروعة فى الإسلام ، والأصل فى مشروعيتها الكتاب والسنة والإجماع والمعقول :

فمن الكتاب : قول الله ــ تعالى ــ : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾ سورة البقرة الآية رقم ١٨٠ ، وقوله تعالى : ﴿ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ ===

المطلب الأول : التصرف فى الديون بالوصية بها فى الفقه الإسلامى .

المطلب الثانى : التصرف فى الديون بالوصية بها فى القانون الوضعى .

* المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى .

المطلب الأول

التصـرف فى الديـون بالوصيـة بها فى الفقـه الإسـلامى

٦٠٥ - كـان لشـخص على آخر دين فأوصى به ، فإن ذلك جائز ، سواء أكانت هذه الوصية للمدين بالدين ، أم لغيره .

فـإذا وصـى الدائن بالدين للمدين به جاز ذلك ، لأن الوصية بالدين للمدين به فى معنى إبرائه منه ، وقد سبق بيان جواز الإبراء من الديون . [1]

=== يُوصِـين بِهَـا أَوْ دَيْـنٍ ﴾ ، ﴿ مِّـنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ سورة النساء من الآية رقم ١٢ .

فالآيـة الأولـى صـرحت بـان الوصية مطلوبة ممن حضرته الوفاة ، وهذا يفيد مشـروعيتها ، كمـا أوضـحت الآيـة الثانية أن حق الورثة فى التركة إنما يكون بعـد سـداد الديـن وتنفـيذ الوصية ، وهذا دليل واضح على مشروعيتها . ينظر : الشـيخ عيسـوى أحمـد عيسـوى : الوصية فى الشريعة الإسلامية ص ١٤ – الطـبعة الأولـى بـدون تـاريخ ، أ.د سـعيد أبو الفتوح : أحكام الوصية والوقف فى الفقه الإسلامى والقانون ص ٩ طبعة سنة ١٤١٥هـ ١٩٩٥م .

__ومـن السـنة :__ مـا روى عـن ابـن عمر – رضى الله عنهما – أن رسول الله ﷺ قـال : (مـا حـق امـرئ مسـلم لـه شـىء يوصـى فيه يبيت ليلتين إلا ووصـيته مكـتوبة عـنده) مـتفق عليه واللفظ للبخارى ينظر : كتاب الوصايا . بـاب : الوصـايا وقـول النـبى ﷺ وصية الرجل مكتوبة عنده جـ ٢ ص ٨٤٢ رقـم ٢٧٣٨ صـحيح مسـلم بشـرح النووى : كتاب الوصية : جـ ١١ ص ٧٤ ، ففى الحث على المبادرة إلى الوصية دليل واضح على مشروعيتها .

__*وأمـا الإجماع :*__ فقد أجمع العلماء فى جميع الأمصار على جواز الوصية . ينظر : المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٤٤٤.

__*وأمـا المعقـول :*__ فـإن الإنسـان يحـتاج إلـى أن يخـتم حياته بالقربة زيادة فى حسـناته ، كمـا يحـتاج إلـى تدارك ما فرط فى حياته من القرب ، وعمل الخير ، وذلـك إنمـا يـتحقق بالوصـية ، والعقـود إنمـا شرعت لحاجة الناس إليها . ينظر : الشيخ عيسوى أحمد عيسوى : المرجع السابق الصفحة نفسها .

(١) يراجع آنفاً فقرة ٤٨٦ من هذه الرسالة .

جاء فى الفتاوى الخانية : (رجل له دين على رجل ، فقال لمديونه : إذا مت فأنت برئ من ذلك الدين ، قال أبو القاسم ــ رحمه الله ــ يجوز ، ويكون وصية من الطالب للمطلوب) . [١]

وجاء فى الحاوى الكبير : (... وأما الفصل الثالث : فى الموصى به : فهو كل ما جاز الانتفاع به من مال ومنفعة جازت الوصية به ، وسواء كان المال عيناً ، أو ديناً ...) [٢] .

وجاء فى شرح كتاب النيل وشفاء العليل : (واتفقوا على جواز الوصية برقاب الأموال ، أو بدين له على أحد) . [٣]

وكذلك إذا وصى الدائن بالمدين لغير المدين به فلا خلاف فى صحة الوصية به ، وإن كان الفقهاء قد اختلفوا فى تعليل الجواز :

فالحنفية إنما يجوزون الوصية بالدين لغير المدين به استثناء من قاعدة عدم جواز تمليك الدين لغير من هو عليه ، حيث جاء فى الأشباه والنظائر : " وخرج عن تمليك الدين لغير من هو عليه ... الوصية به لغير من هو عليه ، فإنها جائزة .. " . [٤]

أما غير الحنفية فيبدو أنهم حينما جوزوا الوصية بالمدين لم يجوزوها على سبيل الاستثناء كما فعل الحنفية ، وإنما جوزوها بصفة أصلية على أساس أن الدين مملوك للدائن ، وبالتالى يحق له أن يتصرف فيه بالوصية .

جاء فى المدونة : " (قلت) : أرأيت إن ترك مائة دينار عيناً ، ومائة دينار ديناً فأوصى لرجل بثلث العين ، وأوصى لرجل آخر بثلث الدين

---

(١) جـ ٣ ص ٥١٠ بهامش الجز الثالث من الفتاوى الهندية .
(٢) جـ ٨ ص ١٩٤ .
(٣) جـ ١٢ ص ٣٠٠ ، ٣٠٢ .
(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم : ص ٣٥٨ ، وأيضاً : رد المحتار على الدر المختار جـ ٥ ص ١٥٢ – ١٥٣ وفيه : (... لا يجوز تمليك الدين من غير من عليه الدين إلا إذا سلطه عليه ، واستثنى فى الأشباه من ذلك ثلاث صور ... الثالثة : الوصية) وأيضاً : الفتاوى الهندية جـ ٦ ص ١٣٦ .

(قال) : هذا عند مالك جائز " [1] .

وجاء فى التاج المذهب : ".... ولو كان المال ديناً لا يعلمه فى ذمة الغير ، فإنه يدخل فى المال ، وللوصية حظها منه ... " [2] .

وجاء فى البحر الزخار : " إن الوصية بما فى ذمة الغير تصح اتفاقاً ، إذ ما فى الذمة كالموجود لوجود سببه ... " [3] أى : الملك .

المطلب الثانى

التصرف فى الديون بالوصية بها فى القانون الوضعى

٦٠٦- إحالة القانون المدنى فيما يتعلق بالوصية إلى القوانين الصادرة بشأنها :

تنص المادة ٩١٥ من القانون المدنى على أنه : " تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية ، والقوانين الصادرة فى شأنها " وعلى ذلك فإن القانون الواجب التطبيق فيما يتعلق بالوصية بالدين هو قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م . [4]

---

(١) المدونة الكبرى جـ ١٥ ص ٥٣ .

(٢) جـ ٤ ص ٣٧٣ .

(٣) جـ ٥ ص ٣١٣ .

(٤) أ.د السنهورى فى الوسيط جـ ٩ أسباب كسب الملكية فقرة ٧٢ ص ٢٠٣ – ٢٠٤ دار النهضة العربية سنة ١٩٦٨م ، أ.د مصطفى محمد الجمال : نظام الملكية الفردية فقرة ٢٨٢ ص ٤٠٥ . الناشر : منشأة المعارف بالإسكندرية بدون تاريخ ، وايضاً : أ.د محمود جمال الدين زكى : دروس فى الحقوق العينية الأصلية فقرة ١٨٤ ص ٣٢٣ – ٣٢٤ طبعة مطبعة جامعة القاهرة سنة ١٩٧٥م – ١٩٧٦م .

هذا : ولما كانت الوصية من مسائل الأحوال الشخصية ، فقد كان يطبق بشأنها قبل صدور القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م أرجح الأقوال من مذهب الإمام أبى حنفية ، بيد أنه قد قامت بعض الصعوبات بشأن تطبيق الراجح من المذهب الحنفى على مسائل الأحوال الشخصية ومنها الوصية ، وذلك لأن هناك بعض المسائل قد ثار الخلاف حولها فى هذا المذهب ، ولم يترجح فيها رأى على رأى مما يؤدى إلى عدم معرفة القانون الواجب التطبيق بشأن المنازعات المتعلقة بهذه المسائل ، كما ان المصلحة قد تدعو إلى ===

٦٠٧- عدم وجود نص فى قانون الوصية يبين حكم الوصية بالدين :

لم يرد فى قانون الوصية سالف الذكر نص يبين فيه حكم الوصية بالمدين ، ومن ثم ينبغى تطبيق الراجح من المذهب الحنفى عملاً بالمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١م ، التى تنص على أنه : " تصدر الأحكام طبقاً للمدون فى هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ما عدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد " [1]

وعملاً بمذهب الإمام أبى حنيفة ، فإن الوصية بالدين تجوز مطلقاً ، سواء أكانت للمدين به ، أم كانت لغير المدين به .

وتعليل الحكم بصحة الوصية بالدين هو أنها إن كانت للمدين به فهى فى معنى الإبراء ، والوصية بالإبراء صحيحة [2] ، وإن كانت لغير المدين

=== الأخذ بالرأى المرجوح فى المذهب الحنفى ، أو الخروج عن أحكام المذهب الحنفى كلية ، والأخذ بأحد آراء المذاهب الفقهية الأخرى ، كمذهب المالكية ، أو الشافعية ، أو الحنابلة ، لهذا كله ـ ولغيره ـ فقد صدر القانون رقم ٧١ لسنة ٤٦ منظماً للوصية ، وقد وضعت أحكامه طبق ما قضت به المصلحة دون التقيد بأرجح الأقوال فى مذهب الإمام أبى حنفية ، وهذا ما أشارت إليه المذكرة التفسيرية لمشروع هذا القانون . ينظر : الشيخ سيد عبد الله حسين : شرح قانون الوصية الجديد رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م وملحق نص القانون ومذكرته التفسيرية والإيضاحية ص ٧٥ . الناشر : مكتبة عبد الله وهبة ، الطبعة الولى سنة ١٣٦٦هـ ١٩٤٧م ، الشيخ محمد الحسينى حنفى : الموجز فى شرح قانون الوصية ص ١٢ – ١٣ سنة ١٩٦٣م ، أ.د سعيد أبو الفتوح : ص ١٤ – ١٥

(١) الشيخ محمد الحسينى حنفى : مرجع سبق ذكره ص ٢٥٤ ، أ.د سعيد أبو الفتوح : مرجع سبق ذكره ص١٦ .

(٢) الشيخ محمد الحسنى حنفى : المرجع السابق الموضع نفسه ، أ.د محمد سلام مدكور : أحكام الأسرة فى الإسلام ـ الجزء الخامس ـ الوصية والوقف ص ٢٧ الناشر : دار النهضة العربية ـ الطبعة الثانية سنة ١٣٩٠هـ ١٩٧٠م ، أ.د أحمد على الخطيب : الوقف والوصايا ص ٢٠٤ طبعة جامعة بغداد ط الثانية سنة ١٣٩٨هـ ١٩٧٨م .

بـــه فهـــى جائزة لما سبق ذكره من أنها مستثناة من قاعدة عدم جواز تمليك الدين لغير من هو عليه .[1]

وممـــا تجـــدر الإشارة إليه والتنبيه عليه هو أن الوصية بالدين وإن كانـــت مما لم يتعرض لـــه قانون الوصية بالذكر بخصوصه ، إلا أن الحكم بصحتها مما يتفق مع نصوصه ، فهى مما يندرج تحت التعريف الذى أورده فى مادته الأولى لأنها تصرف فى التركة مضاف إلى ما بعد الموت ، كما أن الموصـــى بـــه وهو الدين مما ينطبق عليه شروط الصحة الواردة فى المادة العاشـــرة[2] ، إذ الديـــن مما ينتقل بالإرث ، وهو متقوم ، وهذا وحده يكفى للحكم بصحتها .[3]

٦٠٨ – المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى :

بعد عرض موقف كل من الفقه الإسلامى والقانون الوضعى بالنسبة للوصـــية بالديـــن يتضح اتفاقهما فى ذلك ، إذ تجوز الوصية بالدين فى كل منهما ، سواء كانت هذه الوصية للمدين أو كانت لغيره .

---

(١) يراجع آنفاً فقرة ٦٠٥ من هذه الرسالة .

(٢) تنص المادة العاشرة من قانون الوصية على أنه : (يشترط فى الموصى به:

١- أن يكـــون ممـــا يجـــرى فـــيه الإرث أو يصـــح أن يكـــون محلاً للتعاقد حال حياة الموصى .

٢- أن يكون متقوماً عند الموصى إن كان مالاً .

٣- أن يكون موجوداً عند الوصية فى ملك الموصى إن كان معيناً بالذات.)

(٣) الإمـــام محمـــد أبـــو زهـــرة : شـــرح قانون الوصية فقرة ٨٣ – ٨٤ ص ١١٢ – ١٤٤ طـــبعة دار الفكـــر العـــربى ســـنة ١٣٩٨هـــ ١٩٧٨م ، الشـــيخ محمـــد الحسينى حنفى : المرجع السابق الموضع نفسه .

الباب الرابع

التصرف فى الديون من قبل المدين بها فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى
(حوالة الدين)

ويشتمل على فصلين :

الفصل الأول : ماهية حوالة الدين ، وبيان أركانها فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الفصل الثانى : آثار حوالة الدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الباب الرابع

التصرف فى الديون من قبل المدين بها فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

تم الكلام – بحمد الله تعالى – فى الأبواب الثلاثة السابقة عن التصرف فى الديون من قبل الدائن ، أما فى هذا الباب ، فسأتكلم – بعون الله تعالى – عن التصرف فى الدين من قبل المدين به ، وهذا إنما يكون بحوالته من ذمة المدين إلى ذمة أخرى ، وهو ما يسمى بحوالة الدين .

وينقسم الكلام فيها إلى فصلين :

الفصل الأول : **ماهية حوالة الدين ، وبيان أركانها فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .**

الفصل الثانى : **آثار حوالة الدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .**

الفصل الأول

ماهية حوالة الدين ، وبيان أركانها فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

ويشتمل على مبحثين :

المبحث الأول : ماهية حوالة الدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المبحث الثانى : أركان حوالة الدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المبحث الأول

ماهية حوالة الدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٦٠٩- ويشتمل على مطلبين :

المطلب الأول : التعريف بحوالة الدين وبيان مشروعيتها فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المطلب الثانى : تكييف حوالة الدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المطلب الأول

التعريف بحوالة الدين ، وبيان مشروعيتها فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٦١٠- ويشتمل على فرعين :

الفرع الأول : التعريف بحوالة الدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الفرع الثانى : مشروعية حوالة الدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الفرع الأول

التعريف بحوالة الدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٦١١- ويشتمل على غصنين :

الغصن الأول : تعريف حوالة الدين فى الفقه الإسلامى .

الغصن الثانى : تعريف حوالة الدين فى القانون المدنى .

* المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى

الغصن الأول

تعريف حوالة الدين فى الفقه الإسلامى

٦١٢- **أولاً : معنى الحوالة فى اللغة :**

الحوالة فى اللغة : اسم من أحال غريمه : إذا أبعده عن نفسه ، ووجهه إلى غريم آخر ، أو من حوّل الشىء تحويلاً : إذا نقله من موضع إلى آخر ، والحوالة بالفتح مأخوذة من هذا ، فإذا أحلت شخصاً بدينك ، فقد نقلته إلى ذمة غير ذمتك . [1]

٦١٣- **ثانياً : تعريف الحوالة فى اصطلاح الفقهاء :**

اختلفت عبارات الفقهاء فى تعريف حوالة الدين تبعاً لاختلافهم فى بعض أحكامها :

١- فعرفها بعض الحنفية بأنها : " نقل الدين وتحويله من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه " [2] وعرفها بعضهم بأنها : " نقل المطالبة من ذمة المديون إلى ذمة الملتزم " [3] .

٢- وعرفها العلامة الدردير من المالكية بأنها : " صرف دين عن ذمة

---

(١) لسان العرب : مادة حول جـ ٢ ص ١٠٥٦ ط دار المعارف ، المصباح المنير : مادة حول جـ ١ ص ١٥٧ طبعة دار المعارف ، مختار الصحاح للرازى : ص ١٦٣ ط دار المعارف .

(٢) الاختيار لتعليل المختار جـ ٣ ص ٣ ، وفى المعنى ذاته : العناية على الهداية جـ ٦ ص ٣٤٦ ، الكفاية على الهداية جـ ٦ ص ٣٤٦ .

(٣) شرح فتح القدير للكمال بن الهمام جـ ٦ ص ٣٤٦ .

المدين بمثله إلى أخرى تبرأ بها الأولى " [1]

٣- وعــرفها الشــافعية بأنها : " عقد يقتضى نقل دين من ذمة إلى ذمة أخرى " [2] .

٤- وعــرفها الحنابلة بأنها : " انتقال مال من ذمة إلى ذمة بلفظها ، أو معناها الخاص " [3] .

٥- وعرفها الزيدية بأنها : " نقل حق من ذمة إلى ذمة " [4] .

٦- وعــرفها الإمامــية بأنهــا : " عقد شرع لتحويل المال من ذمة إلى أخرى " [5] .

٧- وعــرفها الإباضية بأنها : " نقل الدين من ذمة إلى ذمة نقلاً تبرأ به الأولى " .

وقيل : " .... طرح الدين عن ذمة بمثله فى أخرى " .[6]

٦١٤- نظـرة فى هـذه التعـريفـات :

يمكن للناظر فى هذه التعريفات أن يتبين ما يأتى :

---

(١) الشــرح الصــغير جـــ ٣ ص ١٦٩ ، وفــى المعنى ذاته : الشرح الكبير وحاشية الدســوقى جـــ ٣ ص ٣٢٤ ، وعــرفها ابــن عرفة بأنها : (طرح الدين عن ذمة بمــثله فــى أخــرى) يــنظر : شــرح حــدود ابــن عــرفة للرصــاع جـ ٢ ص ٤٢٣ .

(٢) الإقــناع فــى حـل ألفــاظ أبــى شجاع للخطيب الشربينى جـ ٢ ص ٤٦ ، وفى المعــنى ذاتــه : مغــنى المحــتاج جـــ ٢ ص ١٩٣ ، نهاية المحتاج للرملى جـ ٤ ص ٤٠٨ ، إعانة الطالبين جـ ٢ ص ٧٤ .

(٣) كشــاف القــناع جـــ ٢ ص ٢٥٦ ، وفــى المعــنى ذاته : شرح منتهى الإرادات جـ ٣ ص ٣٨٣ .

(٤) الــبحر الــزخار جـــ ٥ ص ٦٧ ، وأيضــاً : الــتاج المذهب جـ ٤ ص ١٥٠ ، وفيه أنها : (نقل المال من ذمة إلى ذمة مع براءة الذمة الأولى) .

(٥) جــامع المقاصــد فــى شــرح القواعــد جـــ ٥ ص ٣٥٧ ، وأيضاً : فقه الإمام جعفــر لمحمــد جــواد مغنــية جـــ ٤ ص ٦٣ وفــيه أن الحوالة : (هى تحويل المال من ذمة مشغولة بدين إلى ذمة أخرى) .

(٦) شــرح كــتاب النــيل جـــ ٩ ص ٣٧٩ ، ويلاحــظ أن التعريف الثانى للإباضية مطابق لتعريف ابن عرفة سالف الذكر .

١- إن هذه التعريفات تكاد تجمع على أن الحوالة تفيد نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، باستثناء التعريف الثانى عند الحنفية ، إذ يصرح أن الحوالة تنقل المطالبة لا أصل الدين .

٢- انفـرد تعريف المالكية والإباضية بالنص على براءة ذمة المحيل ، بخلاف بقية التعريفات فلم تصرح بذلك .

٣- نـص تعريف كل من الشافعية والإمامية على أن الحوالة عقد ، أما بقية التعريفات فلم تصرح بذلك .

وعلـى ضوء التعريفات المتقدمة يمكن تعريف الحوالة بأنها : " عقد بمقتضاه يتم نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، ويترتب عليه براءة ذمة المحيل براءة نهائية "

فهـذا الـتعريف يجمع مزايا التعريفات المتقدمة ، فهو يصرح بكون الحوالـة عقداً ، كما أنه يبين آثارها وهو نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، وبراءة المحيل من الدين براءة نهائية

٦١٥ - هـذا : ويقال للمدين الأصلى محيلاً ، وللدائن : محالاً ، ومحتالاً ، وللشـخص الذى التزم بدفع الدين نيابة عن المدين : محالاً عليه ، ومحتالاً عليه ، وللدين الذى يراد نقله من ذمة المدين : محالاً به ، ومحتالاً به . (١)

الفصل الثانى

تعريف حوالة الدين فى القانون المدنى

٦١٦ - لم يضع المشرع الوضعى فى القانون المدنى تعريفاً لحوالة الدين ،

---

(١) شـرح فـتح القدير للكمـال ابـن الهمـام جـ ٦ ص ٣٤٦ ، الشرح الصغير للدردير جـ ٣ ص ١٦٩ ، وأيضـاً : الشـيخ أحمد إبراهيم : التزام التبرعات وهـو بحـث منشـور فـى مجلة القانون والاقتصاد السنة الثالثة ص ٢٣٧ الشيخ علـى حسـب الله : الولايـة علـى المال والتعامل بالدين ، مرجع سبق ذكره ص ١١٥ ، وأيضـاً : المـواد ٦٧٤ : ٦٧٧ مـن مجلـة الأحكـام العدلـية ، والمواد ١١٥٧ : ١١٦٠ مـن مجلـة الأحكـام الشـرعية علـى مذهـب الإمام أحمد – رضى الله عنه – .

لذلك فقد عرفها بعض الفقهاء بأنها : وسيلة لانتقال الالتزام فى ناحيته السلبية مـــن ذمة إلى ذمة أخرى ، بحيث يحل مدين جديد محل المدين الأصلى فى الدين ذاته بجميع مقوماته ، وضماناته ودفوعه . [1]

وعرفها بعضهم بأنها : " اتفاق أو عقد على نقل الدين من المدين إلى شخص آخر يتحمل به بدلاً منه " . [2]

وحوالة الدين بهذا المعنى ينظر إليها على أنها النظام المقابل لحوالة الحـــق فـــإذا كان من الممكن أن يتغير الطرف الإيجابى للالتزام ، بأن ينقل الدائـــن صفة الدائنية إلى دائن جديد ، فإنه يكون من الممكن ــ أيضاً ــ أن يتغير الطرف السلبى للالتزام ، بأن يخلف المدين الحالى مدين جديد فى صفة المديونية مع بقاء الالتزام كما هو دون تغيير . [3]

وفـــى حوالة الدين : يسمى المدين محيلاً ، لأنه يحيل على الأجنبى الديـــن الذى فى ذمته ، ويسمى الأجنبى محالاً عليه ، لأن المدين أحال عليه الدين ، ويسمى الدائن محالاً ، لأن المدين أحاله على الأجنبى . [4]

علـــى أن التقنين المدنى لم يستعمل من هذه المصطلحات فى حوالة الديـــن إلا المصطلح الخاص بالأجنبى الذى يتحمل الدين عن المدين الأصلى

---

(١) قـــرب : أ. د ســـليمان مـــرقس : الوافـــى فـــى شرح القانون المدنى جـــ ٦ أحكام الالـــتزام ــ مـــرجع ســـبق ذكـــره فقرة ٣١١ ص ٦٥٥ ، وفى المعنى ذاته : أ.د عـــبد الـــرزاق الســـنهورى : الوســـيط جـــــ ٣ فقـــرة ٣٠٦ ص ٥٥٢ ، أ.د عـــبد الحـــى حجـــازى : الـــنظرية العامـــة للالـــتزام جـــ ٢ أحكام الالتزام ــ مـــرجع ســـبق ذكـــره فقـــرة ١٧٣ ص ١٢٢ ، أ.د عبد الفتاح عبد الباقى : دروس فـــى أحكـــام الالـــتزام ــ مـــرجع ســـبق ذكـــره فقرة ١٩٠ ص ٢١٣ ، أ.د أحمد ســـلامة : مذكـــرات فـــى نظـــرية الالـــتزام ــ الكتاب الثانى : أحكام الالتزام ــ مرجع سبق ذكره فقرة ١٧٢ ص ٢١٢ .

(٢) أ.د محمود جمال الدين زكى : فى أحكام الالتزام فقرة ١٧٤ ص ١٩٠ .

(٣) أ.د عـــبد الـــودود يحـــيى : حوالـــة الديـــن : دراسة مقارنة فى الشريعة الإسلامية والقانونيـــن الألمـــانى والمصـــرى ص ٧ – ٨ الناشـــر دار النهضـــة العربية سنة ١٩٩٢م .

(٤) أ.د الســـنهورى : المـــرجع الســـابق فقـــرة ٣٠٦ ص ٥٥٣ ، أد ســـليمان مرقس : المرجع السابق فقرة ٣١١ ص ٦٥٦ .

فســماه : المحال عليه ، أما كل من المدين الأصلى والدائن فقد استبقى لهما اسميهما . [1]

٦١٧ – **المقارنـة بيـن الفقـه الإسلامى والقـانون المـدنى :**

بالـنظر إلى تعريف حوالة الدين فى كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى يتضح اتحاد مفهومها فيهما ، إذ لا يخرج معناها فى كلا الفقهين عن كونها عقداً أو اتفاقاً يقصد به نقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة شخص آخر يتحمل عنه بدله .

الفـرع الثـانى

مشـروعيـة حـوالة الديـن فى الفقـه الإسـلامى والقـانون المـدنى

٦١٨ – ويشتمل على غصنين :

الغصن الأول : مشروعية حوالة الدين فى الفقه الإسلامى.

الغصن الثانى : مشروعية حوالة الدين القانون المدنى.

* المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى

الغـصـن الأول

مشـروعيـة حـوالة الديـن فى الفقـه الإسـلامى

٦١٩ – حوالـة الدين فى الفقه الإسلامى مشروعة ، وقد ثبتت مشروعيتها بالسنة ، والإجماع ، والمعقول :

٦٢٠ – **ا- من السـنة** : يستدل على مشروعية حوالة الدين من السنة بما روى عن أبى هريرة ﷺأن رسول الله ﷺ قال : " مطل [2] الغنى ظلم ، وإذا أتبع

---

(١) أ.د السنهورى : المرجع والمكان السابقان .

(٢) مطـل الديـن : التسـويف بـه ، وتأجيله بوعده الوفاء به مرة بعد أخرى : ينظر : المصـباح المنـير ص ٥٧٥ ط دار المعـارف ، مخـتار الصحاح : ص ٦٢٣ ط دار المعارف ، المعجم الوجيز : ص ٥٨٥ .

أحدكم على ملئ [١] فليتبع" [٢] .

وجــه الاستدلال من الحديث : إن رسول الله ﷺ قد أمر [٣] فى هذا الحديث

---

(١) الملــئ : هــو الغــنى المقــتدر . يــنظر : المصــباح المنير ص ٥٨٠ ، المعجم الوجيز : ص ٥٨٨ .

(٢) (أتــبع) بضـــم الهمـــزة وسـكون الــتاء مبنياً لما لم يسم فاعله عند الجميع ، وأما (فليتــبع) فالأكــثر علــى التخفــيف ، وقــيده بعضـــهم بالتشديد ، والأول أجود ، والمعــنى : إذا أحــيل فليحــتل . يــنظر : نــيل الأوطــار للشــوكانى جــــ ٥ ص ٢٣٧ .

والحديث سبق تخريجه فقرة ١٩٠ .

(٣) وقد اختلف الفقهاء فيما يفيده الأمر بالاتباع فى هذا الحديث على عدة آراء :

[أ] فذهــب الحــنابلة ، والظاهــرية إلــى أن الأمــر بالاتــباع يفيد الوجوب ، لأنه الأصــل فــى صــيغة الأمــر . ينظر : المغنى لابن قدامة جــ ٥ ص ٦٠ – ٦١ رقــم ٣٥٦١ ، المــبدع فــى شــرح المقــنع جــــ ٤ ص ٢٧٣ ، شرح منــتهى الإرادات جــــ ٢ ص ٢٥٧ ، المحلــى لابــن حــزم جــــ ٨ ص ١٠٨ رقم ١٢٢٦ .

[ب] وذهــب ابــن جريــر الطــبرى إلى أنه يفيد الوجوب ديانة لا قضاء ، فقال : (ولســت وإن أوجبــت ذلــك فــيما بيــنه وبين الله ، بمجبره حكماً على قبول الحوالــة ، للإجمــاع علــى انــه غير مجبر على ذلك حكماً) ينظر : طرح التثريــب فــى شــرح التقريــب للحــافظ زيــن الديــن العراقى ، وولده أبو زرعــة جــــ ٦ ص ١٦٤ – ١٦٥ طــبعة دار الفكــر العــربى ـــ بــدون تاريخ .

[ج] وذهــب أكــثر أهــل العلــم ، ومــنهم جمهور المالكية ، والشافعية ، والزيدية إلــى أنــه يفــيد الاســتحباب والندب ، دون الوجوب . ينظر : البهجة شرح الــتحفة لابــن عــبد الســلام التسولى جــ ٢ ص ٥٥ طبعة دار الفكر ، حلى المعاصــم لبنــت فكــر ابــن عاصم للتاودى جــ ٢ ص ٥٥ ، مغنى المحتاج جــــ ٢ ص ١٩٣ ، أســنى المطالــب جــــ ٢ ص ٢٣٠ الــبحر الزخار جــ ٥ ص ٦٨ .

[د] وذهــب الحنفــية ، وبعــض المالكــية ، والشــافعية فى قول عندهم ، إلى ان الأمــر يفــيد الإباحــة . يــنظر : الاختــيار لتعليل المختار جــ ٣ ص ٣ ، حاشــية الشــلبى علــى تبييــن الحقــائق جــــ ٤ ص ١٧١ ، البهجة شرح التحفة جــ ٢ ص ٥٥ ، مغنى المحتاج جــ ٢ ص ١٩٣ .

هـــذا ... وقــد ســلك الكمــال بن الهمام فى المسألة مسلكاً وسطاً ، فقال: (... فإن بعــض الأملــياء عــنده مــن اللــدد فــى الخصــومة ، والتعسير ما تكثر ===

بالاتباع في قوله : " فليتبع " وهذا يدل على مشروعية الحوالة ، لأنها لو كانت غير مشروعة لما أمر بها رسول الله ﷺ ، فأمره ﷺ بها دليل على مشروعيتها . (١)

٦٢١- ٢- **من الإجماع** : وأما الإجماع ، فقد أجمع أهل العلم على مشروعية الحوالة ، وجوزاها في الجملة . (٢) .

٦٢٢- ٣- **من المعقول** : كما يستدل على مشروعية حوالة الدين من المعقول بما يأتي:

١- القياس على الكفالة ، بجامع أن كلاً من المحال عليه والكفيل قد التزام ما هو أهل لالتزامه وقادر على تسليمه ، وكلاهما طريق لتيسير استيفاء الدين ، فلا تمتنع هذه كما لم تمتنع تلك . (٣)

٢- كما يستدل على مشروعية حوالة الدين بقياس المجموع على آحاده ، وذلك لأن حوالة الدين تتضمن تبرع المحال عليه بالالتزام بالإيفاء ، وتوكيل المحال بالقبض من المحال عليه وأمر المحال عليه بالتسليم إلى المحال ، وهذه الأمور كلها جائزة عند الانفراد ، فتجوز عند

--- به الخصومة ، والمضاررة ، فمن علم من حاله هذا لا يطلب الشارع اتباعه ، بل عدمه ، لما فيه من تكثير الخصومات والظلم ، وأما من علم منه الملاءة وحسن القضاء ، فلاشك أن اتباعه مستحب لما فيه من التخفيف على المديون ، والتيسير عليه ، ومن لا يعلم فبماح) ينظر : شرح فتح القدير جـ ٦ ص ٣٤٦

(١) الاختيار لتعليل المختار جـ ٣ ص ٣ ، وأستاذنا الدكتور حسين عبد المجيد : أحكام الحوالة في الفقه الإسلامي وهو بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط ـ العدد الثالث عشر سنة ١٤٢٢هـ ٢٠٠١م ، الجزء الأول ص ٦١ .

(٢) تبيين الحقائق جـ ٤ ص ١٧١ ، المعونة على مذهب عالم المدينة جـ ٢ ص ١٩٩ ، أسنى المطالب جـ ٢ ص ٢٣٠ ، شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص ٢٥٦ ، المحلى جـ ٨ ص ١٨٠ رقم ١٢٢٦ ، البحر الزخار جـ ٥ ص ٦٧ ، فقه الإمام جعفر جـ ٤ ص ٦٣ ، شرح النيل جـ ٩ ص ٣٧٩ .

(٣) العناية على الهداية للبابرتي جـ ٦ ص ٣٤٦ ، تبيين الحقائق جـ ٤ ص ١٧٤ .

الاجتماع لعدم الفارق . [1]

٣- إن حاجــة الناس قد تدعو إليها ، وذلك لأن المدين قد يكون له دين علـــى غيره ولا يكون معه ما يوفى به ما عليه من دين ، ففى هذه الحالة يمكنه أن يوفى ما عليه من الدين عن طريق الحوالة ، إذ فى ذلك خروج من الضيق والحرج . [2]

الغصن الثانى

مشروعية حوالة الديـن فى القـانون المـدنى

٦٢٣- **عـــدم معـرفـة القـــانون المـدنى الســابق حـوالـة الـديـن** : لم يكن القانون المدنـــى الســـابق يعرف حوالة الدين ، شأنه فى ذلك شأن التقنينات اللاتينية القديمـــة والتقنيـــن المدنـــى الفرنسى ، وقد كان يسد هذا النقص عن طريق معالجـــة بعـــض الطرق القانونية ، كالإنابة فى الوفاء والاشتراط لمصلحة الغير ، والتجديد بتغيير المدين . [3]

٦٢٤ – **تنظـيم التقـنين المـدنى الحـالى لحـوالـة الديـن** : أما التقنين المدنى الحـــالى فقـــد نظم حوالة الدين فى الفصل الثانى من الباب الرابع من الكتاب الأول وذلك فى المواد من ٣١٥ إلى ٣٢٢ منه.

وقـــد اســـتمد التقنين المدنى الحالى أحكام حوالة الدين من التقنينات الجرمانـــية وبصفة خاصة التقنين المدنى الألمانى الصادر فى ١٨ أغسطس سنة ١٨٩٦ الذى نظم حوالة الدين فى المواد من ٤١٤ إلى ٤١٩ ، كما استمد أحكامها أيضاً من الشريعة الإسلامية [4] .

---

(١) تبيين الحقائق : المرجع السابق الموضع نفسه .

(٢) أستاذنا الدكتور حسين عبد المجيد : فى بحثه السابق ص ٦٢ .

(٣) ا.د الســنهورى : الوســيط ــ ٣ فقــرة ٣٠٨ ص ٥٥٥ ، أ.د ســليمان مــرقس : الوافـــى فـــى شـــرح القـــانون المدنـــى : جـــ ٦ فقر ٢٩٧ ص ٦٢١ ، أ.د عبد الودود يحيى : حوالة الدين : مرجع سبق ذكره ص ٦٨ .

(٤) أ.د الســنهورى : الوســيط جـــ ٣ فقــرة ٣٠٨ ص ٥٥٧ – ٥٥٩ ، أ.د سليمان مــرقس : المــرجع الســابق : فقــرة ٢٩٦ ص ٦٢٢ ، أ.د عــبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ٤ .

جـاء فـي المذكـرة الإيضـاحية للمشروع التمهيدي : " استحدث المشـروع فـي هذا الفصل نظاماً جديداً هو نظام حوالة الدين ، ويراعى أن هـذا الـنظام إسلامي بحت ، وإن كان له نظير فى التشريعات الجرمانية ، وغـنى عـن البـيان أن نفعـه من الناحية العملية يقتضي إقراره في نطاق التشريع " . [1]

٦٢٥ المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى :

إذا نظـرنا إلـى مشروعية حوالة الدين فى كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى ، فإنه يتضح لنا أن هذه الحوالة وإن كانت مشروعة فى كل منهما ، إلا أن الفقه الإسلامى كان أسبق فى تنظيمها إذ أقام الفقهاء المسلمون مـنذ مـئات السـنين نظاماً قانونياً لحوالة الدين [2] ، أما المشرع الوضعى المصـرى فلـم ينظم حوالة الدين إلا فى التقنين المدنى الحالى الصادر فى منتصـف القـرن العشرين [3] أخذاً من التقنين المدنى الألمانى الصادر فى أواخـر القرن التاسع عشر ، أما التقنينات اللاتينية ، وبخاصة التقنين المدنى الفرنسى فلم تنظم حوالة الدين حتى الآن .

المطلب الثانى

تكييف حوالة الديـن فى الفقـه الإسلامى والقانون المدنى

٦٢٦ - ويشتمل على فرعين :

الفرع الأول : تكييف حوالة الدين فى الفقه الإسلامى .

الفرع الثانى : تكييف حوالة الدين فى القانون المدنى

* المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٣ ص ١٣٦ .

(٢) أ.د عبد الودود يحيى : المرجع السابق الصفحة نفسها .

(٣) صـدر القـانون المدنـى الحـالى فـى ١٦ يولـيو ١٩٤٨ تحت رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م ، علـى أن يعمـل بـه ابـتداء مـن ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩م . ينظر : الوقائع المصرية ـ العدد ١٠٨ مكرر (١) فى ٢٩ يوليو سنة ١٩٤٨م .

الفرع الأول

تكييف حوالة الدين فى الفقه الإسلامى

٦٢٧ - اختلف الفقهاء فى تكييف حوالة الدين ، ولعل أهم [1] الآراء التى قيلت فى تكييفها ثلاثة :

٦٢٨- **الرأى الأول** :

وهو ما ذهب إليه الحنفية [2] ، وأكثر المالكية [3] ، والشافعية فى الأصح عندهم [4] ، وقول فى مذهب الحنابلة [5] ، وقول عند الزيدية [6] ،

---

(١) وقد قيل - أيضاً - فى تكييف حوالة الدين : إنها بيع عين بدين ، وقيل : إنها إسقاط حق بعوض، وقيل : هى ضمان بإبراء ، وقيل غير ذلك . ينظر فى تعداد الآراء التى قيلت فى تكييف الحوالة : الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٤٦١ ، وينظر أيضاً فى ذكر بعض هذه الآراء : حاشية الرشيدى على نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٤٢١.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم : ص ٣٥٨ وفيه : (وخرج من تمليك الدين لغير من هو عليه الحوالة ، فإنها كذلك مع صحتها) وأيضاً : رد المختار على الدر المختار جـ ٥ ص ١٥٢، وأيضاً : الفتاوى الهندية جـ ٦ ص ١٣٦ .

(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد جـ ٢ ص ٣٦٣ وفيه : (والحوالة معاملة صحيحة مستثناة من الدين بالدين ، المعونة على مذهب عالم المدينة جـ ٢ ص ١٩٩ وفيه : (واستثنيت من الكالئ بالكالئ ، وهو الدين بالدين)، مواهب الجليل للحطاب جـ ٥ ص ٩٢ ، حاشية العدوى على شرح الخرشى جـ ٦ ص ١٨ ، حاشية البنانى على شرح الزرقانى جـ ٦ ص ١٦ ، الشرح الصغير للدردير جـ ٣ ص ١٦٩ ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٣٢٥ .

(٤) الحاوى الكبير للماوردى جـ ٦ ص ٤٢٠ وفيه : (... اختلف أصحابنا هل هى بيع ، أو عقد إرفاق ومعونة ، على وجهين : أحدهما وهو ظاهر نص الشافعى فى كتاب السلم أن الحوالة بيع ؛ لأن المحتال قد عاوض على ذمة بذمة) المهذب للشيرازى جـ٢ ص ١٤٣ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٩٣ ، نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٤٠٨ ، أسنى المطالب جـ ٢ ص ٢٣٠ .

(٥) المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ٥٤ وفيه : (... وقد قيل : إنها بيع فإن المحيل يشترى ما فى ذمته بماله فى ذمة المحال عليه) .

(٦) البحر الزخار جـ ٥ ص ٦٧ وفيه : (.. وقيل : بل عقد بيع لاقتضاها تمليك المحال ما استحال عليه ...).

وبعـض الإباضية [1] ، ويرون أن حوالة الدين إنما هى بيع دين بدين جوز لحاجة الناس إليها .

٦٢٩- **الرأى الثانى** : وهو ما ذهب إليه الباجى من المالكية [2] ، والشافعية فى وجه عندهم[3] وشيخ الإسلام ابن تيمية [4] ، ويرون أن حوالة الدين إنما هى استيفاء للحق الثابت فى ذمة المحيل ، وليست بيعاً .

٦٣٠- **الرأى الثالث** : وهو ما ذهب إليه بعض المالكية [5] ، وهو وجه عند الشافعية [6] والصحيح عند الحنابلة [7] ، والإمام يحيى من

---

(١) شرح كتاب النيل وشفاء العليل جـ ٩ ص ٣٧٩ وفيه : (والحجة لجوازها مع أنها من بيع الدين بالدين قوله ﷺ : مطل الغنى ظلم ، ومن أحيل على ملئ فليحتل) .

(٢) المنتقى شرح الموطأ جـ ٥ ص ٦٦ وفيه : (والصحيح فى الحوالة عندى أن الحوالة ليست من باب الدين بالدين ، إذا قلنا : إنها لا تصح إلا من دين ثابت للمحيل على المحال عليه ، وذلك أن المحيل تبرأ ذمته بنفس الإحالة) وأيضاً : البهجة شرح التحفة جـ ٢ ص ٥٥ .

(٣) العزيز شرح الوجيز جـ ٥ ص ١٢٦ وفيه : (وأول ما نذكره أصل شديد التوغل فى مسائل الكتاب ، وهو أن الحوالة استيفاء حق ، أو بيع ، أو اعتياض ؟ وفيه وجهان : أو قولان منسوبان إلى ابن سريج وغيره ، أحدهما: أنها استيفاء حق) .

(٤) القياس لابن تيمية : ص ١١ ، إعلام الموقعين لابن القيم جـ ٢ ص ١٠ .

(٥) حاشية البنانى على شرح الزرقانى جـ ٦ ص ١٧ حيث قال بعد ان ذكر الخلاف فى حضور المحال عليه ، وإقراره بالدين : (مبنى الخلاف هل الحوالة تستثنى من بيع الدين بالدين ، أو هى أصل مستقل بنفسه ؟) حاشية الدسوقى جـ ٣ ص ٣٢٥ .

(٦) الحاوى الكبير للماوردى جـ ٦ ص ٤٢٠ وفيه : (اختلف أصحابنا هل هى بيع ، أو عقد إرفاق ومعونة على وجهين : الوجه الثانى : أنها عقد معونة وإرفاق ؛ لأنها تخرج من البيوع بما يتعلق بها من الأحكام) .

(٧) المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ٥٤ رقم ٣٥٥٤ وفيه : (والصحيح أنها عقد إرفاق منفرد بنفسه ليس بمحمول على غيره ...) وأيضاً : المبدع جـ ٤ ص ٢٧٠ ، الإنصاف جـ ٥ ص ٢٢٢ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٣٧١ ، شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص ٢٥٦ .

الـزيدية [1] ، والإمامـية [2] ، ويرون أن حوالة الدين إنما هى عقد إرفاق منفرد بنفسه ، وليس محمولاً على غيره من العقود والتصرفات .

٦٣١ – **الأدلـة** :

٦٣٢- ١- **دليـل الـرأى الأول** :

اسـتدل أصحاب الرأى الأول على ما ذهبوا إليه من أن حوالة الدين تعد بيع دين بدين جوز للحاجة ، أقول : استدلوا على ذلك بأن المحيل ــ فى هذه الصورة ــ يكون قد باع ما فى ذمة المحال عليه بما فى ذمته للمحتال ، والمحـتال يعـد بائعاً ما فى ذمة المحيل بما فى ذمة المحال عليه ، فالبائع : المحـيل ، والمشـترى : المحـتال ، والمبيع : دين المحيل ، والثمن : دين المحتال . [3]

فهى من قبيل بيع الدين بالدين ، وإنما جوزت استثناء للحاجة إليها ، إذ كثيراً ما يكون المدينْ مماطلاً يؤذى دائنيه بتسويفه ، ووعوده الكاذبة ، أو بمشاغباته ، وضيق ذات يده ، وربما كان لـه دين على آخر ألين عريكة ، وأحسـن معاملـة ، وأوفـر رزقاً فيرغب دائنوا الأول فى التحول إلى هذا توفـيراً للجهـد والوقت ، واتقاء لعناء الخصومات ، وتحصيلاً لمال عاطل يمكن أن تنمى به ثروة ، أو تسد به خلة ، والعكس صحيح أيضاً ، فربما كان المحـال عليه مماطلاً ، وكان المحال أقدر من المحيل على استخلاص الحق منه ، ولولا الحوالة لطال عناء الدائن الضعيف ، أو لضاع ماله .

مـن أجل هذا ، وما شاكله رخص فى الحوالة ، إذ لولم تشرع لفاتت كل هذه الأغراض الصحيحة ، ولحاقت بالدائنين أضرار جمة . [4]

٦٣٣- **منـاقشـة هـذا الدليـل** : ويمكن مناقشة هذا الدليل من وجهين :

---

(١) البحر الزخار جـ ٤ ص ٦٧ وفيه: (مسألة: (ى) وهى عقد إرفاق لا بيع).

(٢) الحدائـق الناضـرة فـى أحكـام العـترة الطاهـرة جـ ٢١ ص ٤٧ وفـيه : (... الحوالـة عقـد لازم ... ولا يدخلهـا خـيار المجلس ، لأنه مختص بالبيع ، وليست بيعاً عندنا ...) .

(٣) المهذب جـ ٢ ص ١٤٣ ، إعانة الطالبين جـ ٣ ص ٧٤- ٧٥ .

(٤) أ. د إبراهـيم عـبد الحمـيد : الحوالـة ــ الطـبعة التمهـيدية للموسوعة الكويتية ص ٤٧ – طبعة سنة ١٩٧٠م .

٦٣٣- مناقشة هذا الدليل : ويمكن مناقشة هذا الدليل من وجهين :

الوجه الأول : إن القول بأن المحيل يبيع ماله فى ذمة المحال عليه بما فى ذمته للمحال ، والمحال يبيع ما فى ذمة المحيل بما فى ذمة المحال عليه ، أقول : إن الحوالة لا تنم عن هذا المعنى ، كما لا يتضح هذا من قصد المحيل ، والمحال عليه ، ذلك أن المحيل إنما قصد بالحوالة أن يفى بدين المحال الثابت فى ذمته بماله فى ذمة المحال عليه ، كما أن المحال قد قصد منها أن يستوفى دينه الذى فى ذمة المحيل مما للمحيل عند المحال عليه فأظهر ما فيها أنها طريق للوفاء بالديون ، وإبراء للذمم مما ثبت فيها.[1]

الوجه الثانى : إن ما سبق للتدليل على استثناء الحوالة من بيع الدين بالدين ، ليس إلا دليلاً على مشروعية الحوالة ، أو الحكمة من مشروعيتها .

٦٣٤ - ٢ - دليل الرأى الثانى :

استدل أصحاب هذا الرأى على ما ذهبوا إليه من ان حوالة الدين إنما هى استيفاء للدين الثابت فى ذمة المحيل ، وليست بيعاً بأن الرسول ﷺ قد ذكر الحوالة فى معرض الوفاء ، وذلك فى الحديث الذى مر : (مطل الغنى ظلم ، وإذا أتبع أحدكم على ملئ فليتبع)[2] فقد أمر الرسول ﷺ المدين بالوفاء ، ونهاه عن المطل ، وبين أنه ظالم إذا مطل ، كما أمر الغريم بقبول الوفاء إذا أحيل على ملئ ، ولاشك أن وفاء الدين ليس هو البيع الخاص ، وإن كان فيه رائحة المعاوضة .[3]

٦٣٥- ٣- دليل الرأى الثالث :

استدل أصحاب هذا الرأى على ما ذهبوا إليه من أن حوالة الدين إنما هى عقد إرفاق قائم بذاته ، وليس بيعاً بما يأتى :

١- إن حوالة الدين لو كانت بيعاً لما جازت ؛ لأنها بيع دين بدين ، ولما جاز التفرق قبل القبض ، لأنها بيع مال الربا بجنسه ، ولجازت بلفظ

---

(١) القياس لابن تيمية ص ١١ .

(٢) سبق تخريج فقرة ١٩٠ من هذه الرسالة .

(٣) القياس لابن تيمية : ص ١١ ، إعلام الموقعين لابن القيم جـ ٢ ص ١٠ .

البيع ، ولجازت بين جنسين كما هو الحال فى البيع .

٢- كذلك فإن لفظ الحوالة يشعر بالتحول لا البيع ، وعلى ذلك فلا يدخلها خيار ، وتلزم بمجرد العقد .[١]

٦٣٦ - **الترجيـــح** :

بعد عرض آراء الفقهاء فى هذه المسألة أرى ـــ والله أعلم بالصواب ـــ أن الحوالـــة عقد من عقود الإرفاق قصد به الوفاء بالدين الثابت فى ذمة المحيل ، وبراءة ذمته منه ، كما تبرأ به ذمة المحال إليه من الدين الذى عليه للمحيل إذا وفى به للمحتال .

علـــى أن شبه حوالة الدين بالبيع من بعض الوجوه لا يجعلها بيعا ، لأنها تفارق البيع فى أمور أساسية ، كما أن لكل من البيع والحوالة موضوعه الخاص الذى يختلف عن موضوع غيره من العقود .

أضف إلى ذلك أن إلحاق بعض العقود المسماة ببعض رغم اختلاف اســمائها وموضـــوعاتها ، ثـــم تبرير اختلاف حكمها على أنه استثناء من الأصل الذى ألحقت به هو خلاف الظاهر ، كما أنه يحول دون إعطاء العقد مـــا تقتضـــيه غايـــته ، وموضوعه من أحكام تناسبهما فيما لم يرد فيه نص شرعى .[٢]

الفـرع الثانى

تكييـف حـوالة الديـن فى القـانون المـدنى

٦٣٧- حوالـــة الدين ـــ فى القانون المدنى ـــ هى عقد ، أو اتفاق [٣] مستقل

---

(١) روضـــة الطالبيـــن جـــ ٥ ص ٢٢٨ ، المغـــنى لابـــن قدامة جـــ ٥ ص ٥٤ – ٥٥ رقـــم ٣٥٥٤ ، كشـــاف القـــناع جـــ ٣ ص ٣٨٣ ، شـــرح منتهى الإرادات جـــ ٢ ص ٢٥٦ .

(٢) الحوالة : مرجع سبق ذكره ص ٥٣ بالهامش (تعليق خبير الموسوعة) .

(٣) أ.د السـنهورى : جـــ ٣ فقـــرة ٣١٠ ص ٥٦٠ ، أ.د محمـــود جمال الدين زكى : فقرة ١٧٤ ص ١٩٠ .

بنفسه ، يخضع للقواعد العامة فى نظرية العقد من حيث الأركان [١] ـــ على ما سيأتى ـــ [٢] .

والغـــرض مـــن حوالـــة الديـــن نقل الدين من ذمة المدين الأصلى (المحيل) إلى ذمة شخص آخر يتحمل عنه الدين [٣] ، وعلى ذلك فهى وسيلة لانتقال الالتزام من ناحيته السلبية . [٤]

وقد وضع القانون لحوالة الدين أحكاماً خاصة ، وأفرد فصلاً مستقلاً ، هو الفصل الثانى من الباب الرابع الخاص بانتقال الالتزام .

٦٣٨ – المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى :

بعد عرض موقف كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى فى تكييف حوالة الدين يتضح اتفاقهما فى هذا الشأن ، فكل منهما يقرر أن الحوالة عقد مســتقل بنفسه يقصد منه نقل الالتزام من ناحيته السلبية أى من ذمة المدين الأصلى " المحيل " إلى ذمة شخص آخر " المحال عليه " .

المبحث الثانى

أركان حوالة الدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٦٣٩– ويشتمل على مطلبين :

المطلب الأول : أركان حوالة الدين فـــى الفقه الإسلامى .

المطلب الثانى : أركان حـــوالة الديـــن فى القانون المدنى .

* المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

---

(١) ا.د السـنهورى : المـرجع والمكـان السـابقان ، أ.د عـبد الحى حجازى : فقرة ١٨١ ص ١٢٨، أ.د أحمد سلامة: مرجع سبق ذكره فقرة ١٧٢ ص ٢١٣ .

(٢) ينظر : لاحقاً فقرة ٦٨٣ وما بعدها من هذه الرسالة .

(٣) أ.د محمود جمال الدين زكى : فقرة ١٧٤ ص ١٩٠ .

(٤) أ.د عـبد الفـتاح عـبد الـباقى : فقرة ١٩٠ ص ٢١٣ ، أ.د سليمان مرقس : فقرة ٣١١ ص ٦٥٥ .

المطلب الأول
أركان حوالة الدين فى الفقه الإسلامى

٦٤٠- **تقسيم** :

يرى جمهور الفقهاء أن لحوالة الدين أركاناً خمسة هى : المحيل ، والمحال ، والمحال عليه ، والمحال به ، والصيغة . (١)

أما الحنفية (٢) فيرون أن ركن الحوالة ينحصر فى الصيغة بما تشمله من إيجاب وقبول يدلان على التراضى بالعقد ، أما المحيل ، والمحال ، والمحال عليه فهم أطراف العقد ، وأما المحال به فهو محله .

وعلى كل حال فإن الخلاف بين الجمهور والحنفية إنما هو خلاف فى الاصطلاح ، وإلا فإن كل عقد لابد له من أطراف يتم بينهم التعاقد ، ومحل ينصب عليه . (٣)

وعلى ذلك فينقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع :

الفرع الأول : التراضى على حوالة الدين .

الفرع الثانى : أطراف حوالة الدين .

الفرع الثالث : محل حوالة الدين .

الفرع الأول
التراضى على حوالة الدين

٦٤١- التراضى هو الركن الجوهرى فى عقد الحوالة ، كما هو الحال فى

---

(١) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقى عليه جـ ٣ ص ٣٢٥ ، الشرح الصغير للدردير جـ ٣ ص ١٦٩ ، الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع جـ ٢ ص ٤٦ ، إعانة الطالبين جـ ٢ ص ٧٥ ، المبدع فى شرح المقنع جـ ٤ ص ٢٧٠ ، مع ملاحظة أن الشافعية قد عدوا أركان الحوالة ستة ، وهى الخمسة المذكورة فى المتن علاوة على شرط ثبوت دين للمحيل على المحال عليه ، ولكن يبدو أن هذا الأخير شرط ، وليس ركناً .

(٢) البدائع جـ ٦ ص ١٥ ، البحر الرائق جـ ٦ ص ٢٦٨ .

(٣) أ.د يوسف قاسم : مبادئ الفقه الإسلامى : مرجع سبق ذكره ص ٣٢٧ - ٣٢٨ .

أى عقـد ، بـيد أن هذا التراضى لما كان أمراً نفسياً لا يمكن الاطلاع على حقيقته ، وجب ان يكون له مظهر خارجى يمكن من خلاله معرفة هذا الرضا ، وهذا المظهر الخارجى هو الصيغة [1] .

وعلى ذلك فسينحصر الكلام عن التراضى فى غصنين :

الغصن الأول : المراد بصيغة الحوالة ، وهل يشترط فيها ألفاظ معينة .

الغصـن الـثانى : مدى اشتراط رضا كل من المحيل ، والمحال ، والمحال عليه .

الغـصـن الأول

المراد بصيغـة الحـوالة ، ومـدى اشـتراط ألفـاظ معيـنة فيهـا

٦٤٢– أولاً : المـراد بالصيغـة فى الحـوالة :

الصـيغة هـى : عـبارة عـن الإيجاب والقبول الدالان على رضا المتعاقدين بالحوالة .

وفيما يتعلق بالمراد بكل من الإيجاب والقبول — هنا — يثور الخلاف التقليدى بين كل من الحنفية والجمهور :

- فالحنفـية [2] يرون أن الإيجاب هو الذى يصدر أولاً ، بغض النظر عن الطـرف الذى صدر من منه ، أما القبول فهو القول الذى صدر ثانياً من الطرف الآخر .
- أمـا جمهور الفقهاء [3] فيرون أن الإيجاب هو الذى يصدر من المملك ، وهـو المحـيل ، وكان على التمليك دلالة ظاهرة ، وأن القبول هو الذى يصدر من الذى سيتملك ، وهو المحال .

(١) أ.د يوسف قاسم : المرجع السابق ص ٣٢٨ – ٣٢٩ .
(٢) البدائع جـ ٦ ص ١٥ ، البحر الرائق جـ ٦ ص ٢٦٧ – ٢٦٨ .
(٣) حاشـية الدسـوقى علـى الشـرح الكبـير جـ ٣ ص ٣ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٣ ، كشـاف القـناع جــ ٣ ص ١٤٦ فـى البـيع وأيضاً : أستاذنا الدكتور حسين عبد المجيد : المرجع السابق ص ٦٧ .

٦٤٣ – ثانياً : مدى اشتراط ألفاظ معينة فى صيغة الحوالة :

يرى جمهور الفقهاء من الحنفية[١]، وأكثر المالكية[٢] ، والشافعية [٣]، والحنابلة [٤] أن الحوالة لا يشترط فى صيغتها ألفاظ معينة شأنها فى ذلك شأن سائر العقود .

وعلى ذلك تصح الحوالة بكل ما يدل على نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، كقول المحيل للمحال : أحلتك بالدين الذى لك على على فلان ، ويقبل المحال ، أو يقول : نقلت حقك إلى فلان ، أو جعلت ما أستحقه على فلان لك بحقك الذى على ، أو اقبض دينى عليه لنفسك ، أو خذ دينك منه ، وغير ذلك مما يدل عليها .

- وذهب بعض المالكية [٥] إلى أنه يشترط فى الصيغة أن تكون بلفظ الحوالة ، أو بلفظ مشتق منها .
- ولعل الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن الحوالة لا يشترط فى صيغتها لفظ معين ، وإنما تصح بكل لفظ يدل على نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه وذلك لأن العبرة فى العقود بالمقاصد والمعانى لا بالألفاظ والمبانى ، فمتى كان المقصود من العقد نقل الدين

---

(١) البحر الرائق جـ ٦ ص ٢٦٩ ، الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٣٠٤ ، والمادتان ٦٤٨ – ٦٤٩ من مجلة الأحكام العدلية والمادة ٨٩١ من مرشد الحيران .

(٢) الشرح الكبير للدردير جـ ٣ ص ٣٢٦ ، الشرح الصغير للدردير جـ ٣ ص ١٦٩ ، مواهب الجليل للحطاب جـ ٥ ص ٩٢ .

(٣) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٩٤ ، إعانة الطالبين جـ ٣ ص ٧٥ ، هذا : ويرى جمهور الشافعية أن الحوالة لا تنعقد بلفظ البيع حتى وإن نوى الحوالة ، وقيل : تنعقد إن نواها . ينظر : المرجعين السابقين الموضع نفسه ، وأيضاً : نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٤١٢ .

(٤) كشاف القناع جـ ٣ ص ٣٨٣ .

(٥) وهو ظاهر كلام الشيخ خليل ، والشيخ أبى الحسن ، ينظر : شرح الخرشى على مختصر خليل جـ ٤ ص ٢٣٣ ، الشرح الكبير للدردير جـ ٣ ص ٣٢٦ ، مواهب الجليل جـ ٥ ص ٩٢ وفيه : (.. وقع فى عبارة الشيخ أبى الحين الصغير أن من شروط الحوالة أن تكون بلفظ الحوالة) .

مـــن ذمـــة المحيل إلى ذمة المحال عليه كان حوالة ، بغض النظر عما استعمل فى صيغته من ألفاظ .

الفصــل الثــانى

مـدى اشـتراط رضـا كل مـن المحيـل ، والمحـال ، والمحـال عليـه بالحوالة

٦٤٤ – أولاً : مـدى اشـتراط رضـا المحيـل بالحـوالة :

إذا أبرمـــت الحوالـــة بين المحال (الدائن) والمحال عليه ، بأن قال المحال عليه (الأجنبى) للمحال (الدائن) : احتل بدينك الذى على فلان على ، فيقول المحال : قبلت ، فقد اختلف الفقهاء فى اشتراط رضا المحيل بالحوالة على رأيين :

٦٤٥– الــرأى الأول : وهـــو مـــا ذهب إليه جماهير الفقهاء من المالكية [١] ، والشـــافعية [٢] ، والحنابلة[٣] ، والزيدية[٤] ، والإمامية [٥] ، والإباضية [٦] ، وبعض الحنفية . [٧]

ويـــرون أنه يشترط أن يرضى المحيل بالحوالة ، وذلك لأن المحيل

---

(١) الشـــرح الكبـــير وحاشـــية الدســـوقى علـــيه جــــ ٣ ص ٣٢٥ ، الشرح الصغير للدرديـــر جــــ ٣ ص ١٦٩ ، شـــرح الخرشـــى علـــى مختصر خليل جــ ٤ ص ٢٣٢ .

(٢) مغـــنى المحـــتاج جــــ ٢ ص ١٩٣ ، الإقـــناع فـــى حل ألفاظ أبى شجاع جــ ٢ ص ٤٧ ، إعانة الطالبين جــ ٢ ص ٧٥ .

(٣) المغـــنى لابـــن قدامـــة جــــ ٥ ص ٥٨ رقـــم ٣٥٥٨ ، كشاف القناع جــ ٣ ص ٣٨٦ ، شرح منتهى الإرادات جــ ٢ ص ٢٥.

(٤) الـــبحر الـــزخار جــــ ٥ ص ٦٧ وفـــيه : (مســـألة : ويشـــترط رضـــا المحيل إجماعاً) .

(٥) جواهـــر الكـــلام جــــ ٢٩ ص ١٦٠ ، الحدائـــق الناضـــرة جــــ ٢١ ص ٤٧ ، جامع المقاصد فى شرح القواعد جــ ٥ ص ٣٥٧ .

(٦) شرح كتاب النيل وشفاء العليل جــ ٩ ص ٣٨١ .

(٧) وهـــو روايـــة القـــدورى . يـــنظر : العناية على الهداية جــ ٦ ص ٣٤٧ ، شرح فـــتح القديـــر للكمـــال بـــن الهمام جــ ٦ ص ٣٤٧ ، الاختيار لتعليل المختار جــ ٣ ص ٤ ، وهـــو مـــا أخـــذ بـــه مرشـــد الحيران فى المادة ٨٦٥ التى تنص على أنه (يشترط لصحة الحوالة رضاء كل من المحيل ، والمحتال عليه...) .

مخير فى جهات قضاء الدين فلا تتعين عليه جهة قهراً ، كجهة الدين الذى له على المحال عليه . [1]

كما أن ذوى المروءات ، قد يأنفون من أن يحمل عنهم أحد شيئاً من ديونهم ، فلابد من رضاه . [2]

٥٤٦- **الرأى الثانى** : وهو ما ذهب إليه جمهور الحنفية ، وهو ما ذكر فى الزيادات [3] ، ويرون عدم اشتراط رضاء المحيل فى حوالة الدين ، ويستدلون على ذلك بأن المحال عليه إذا التزام الدين فإنه ــ والحالة هذه ــ يكون قد تصرف فى حق نفسه ، والمحيل لا يلحقه به ضرر ، بل فيه نفعه عاجلاً بامتناع المطالبة عنه فى الحال ، وآجلاً بعدم الرجوع عليه ، لأنه لا يرجع عليه إلا إذا كانت الحوالة بأمره ، وحيث ثبتت الحوالة بغير رضاه كانت بغير أمره ، فلا رجوع . [4]

---

(١) المغنى لابن قدامة : الموضع نفسه ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٣٨٦ ، شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص ٢٥٦ ، الحاوى الكبير للماوردى جـ ٦ ص ٤١٧ – ٤١٨ ، وفيه : (فأما المحيل ... فلابد أن يكون مختاراً لنقل الحق من ذمته ، فإن لم يخترها لم يجبر عليها ، لأن رضاه شرط فى صحته ، لأن الحق إذا لزمه فالمستحق عليه آداؤه لا نقله ، ألا ترى أنه إذا سئل نقل الحق إلى عين يعطيها بدلاً من الحق لم يلزمه ، وكذا لو سئل نقله إلى ذمة أخرى لم يلزمه) وأيضاً : العزيز شرح الوجيز جـ ٥ ص ١٢٧ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٩٣ .

(٢) العناية على الهدية جـ ٦ ص ٣٤٧ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٥ .

(٣) المراجعين السابقين : المواضع نفسها ، وأيضاً : شرح فتح القدير للكمال ابن الهمام جـ ٦ ص ٣٤٧ ، الاختيار لتعليل المختار جـ ٣ ص ٤ ، وهذا الرأى هو ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية فى المادة ٦٨١ التى تنص على أنه : (يصح عقد الحوالة بين المحال له والمحال عليه) .

ويبدو أن الذين قالوا بعدم اشتراط رضا المحيل ، إنما قالوا ذلك فى حالة ما إذا لم يكن للمحيل دين على المحال عليه ، أما إذا كان للمحيل دين على المحال عليه ، وقيدت الحوالة بأن يؤدى المحال به من هذا الدين ، فلا تصح الحوالة ــ والحالة هذه ــ دون رضا المحيل ، لأنها تكون إسقاطاً لحق مطالبة المحال عليه ، وبالتالى فلا تصح إلا برضاه . ينظر : العناية على الهداية جـ ٦ ص ٣٤٧ ، مجمع الأنهر جـ ٢ ص ١٤٧ ، وأيضاً : شرح المجلة لسليم رستم باز : ص ٣٧٣ .

(٤) شرح فتح القدير جـ ٦ ص ٣٤٧ ، العناية على الهداية جـ ٦ ص ٣٤٧ ، الاختيار لتعليل المختار جـ ٢ ص ٤ .

٦٤٧- **الترجيـــح** :

ويـــبدو لـــى ـــ والله أعلم بالصواب ـــ أن الراجح فى نظرى هو ما ذهب إليه أصحاب الرأى الأول ، وذلك لقوة ما استدلوا به ، علاوة على أن الرضا هو أساس صحة العقود كلها ، والحوالة عقد من العقود فلابد فيه من الرضا .[1]

٦٤٨- **ثانيـاً** : **مـدى اشـتراط رضا المحـال بالحـوالة** :

إذا اتفق المحيل مع شخص آخر على أن يحيل عليه حق الدائن ، فقد اختلف الفقهاء فى اشتراط رضا المحال على رأيين :

٦٤٩- **الــــــرأى الأول** : وهـــــو مـــــا ذهـــب إليـــه جمهـــور الفقهـــاء مـــــن الحنفـــيــــــة[2] ، والمالكـــيـــــــة[3] ، والشـــافعـــــية[4] ،

---

(١) أستاذنا الدكتور حسين عبد المجيد أبو العلا فى بحثه السابق ص ٧٠ .

(٢) بدائـــع الصـــنائع جـــ ٦ ص ١٦ ، العــناية علــى الهدايــة جــ ٦ ص ٣٤٦ ، شــرح فــتح القديــر جـــ ٦ ص ٣٤٧ ، البحر الرائق جــ ٦ ص ٢٦٩ ، مجمع الأنهر جــ ٢ ص ١٤٦ ، الفتاوى الهندية جــ ٣ ص ٢٩٦ .

هــذا : وإذا كــان الحنفــية يــرون ضــرورة رضـــا المحال بالحوالة ، إلا أنهم قد اختلفوا فى اشتراط حضوره مجلس العقد :

- فذهــب الإمامـــان أبـــو حنفــية ومحمد إلى أنه يشترط حضور المحال ، أو وكيله مجلــس العقــد ، وعلـــى ذلـــك إذا لم يحضر المحال مجلس العقد بأن كان غائباً ، لــم تــنعقد الحوالـــة ، وإن أجازهـــا لم تنفذ وذلك لأن حضور المحال مجلس العقد شرط لانعقادها .
- وذهــب الإمـــام أبـــو يوســف إلـــى أنـــه لا يشترط حضور المحال مجلس العقد ، وعلـــى ذلـــك إذا لـــم يحضـــر المحال مجلس العقد انعقدت صحيحة، ولكنها تكون موقوفــة علـــى إجازتـــه ، فـــإن أجازها نفذت ، وعلى ذلك يكون حضور المحال مجلـس الحوالـــة شـــرط لـــنفاذ الحوالة لا لانعقادها عند الإمام أبى يوسف .--- ---يــنظر : الــبحر الــرائق جـــ ٦ ص ٣٦٨ ، حاشــية الشــلبى على تبيين الحقائق جـ ٤ ص ١٧١ ، الفتاوى الهندية جــ ٣ ص٢٩٦ .

(٣) مواهــب الجلــيل جـــ ٥ ص ٩٠ ، الشـــرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه جــ ٣ ص ٣٢٥ ، الشرح الصغير للدردير جــ ٣ ص ١٦٩ .

(٤) المهــذب للشـــيرازى جـــ ٢ ص ١٤٤ ، الحـــاوى الكبـــير للماوردى جــ ٦ ص ٤١٨ ، مغـــنى المحـــتاج جـــ ٢ ص ١٩٣ ، الإقـــناع فـــى حل ألفاظ أبى شجاع جــ ٢ ص ٤٧ ، إعانة الطالبين جــ ٣ ص ٧٥ .

والزيدية[1] ، والإمامية [2] ، والإباضية [3] ، ويرون أن الحوالة تنعقد موقوفة على قبول المحال ورضاه ، فإن قبلها ورضى بها نفذت ، وإلا فلا .

٦٥٠- **الرأى الثانى** : وهو ما ذهب إليه الحنابلة [4] ، والظاهرية [5] ، وأبو ثور [6] ، ويرون عدم اشتراط رضا المحال بالحوالة إذا تمت على ملئ ، بل يلزمه قبولها .

٦٥١- **الأدلة** :

٦٥٢-١- **أدلة الرأى الأول** :

استدل أصحاب الرأى الأول على ما ذهبوا إليه من ضرورة اشتراط رضا المحال بالحوالة بما يأتى :

١- إن ذمم الناس متفاوتة فى حسن القضاء والمطل ، فقد يكون المحال عليه – على الرغم من كونه موسراً – غير حريص على الوفاء بالدين ، فيؤدى ذلك إلى إلحاق الضرر بالمحال وعدم استطاعته الحصول على حقه من المحال عليه . [7]

٢- إن الحقوق التى فى الذمم قد تنتقل تارة إلى ذمة بالحوالة ، وتارة إلى

---

(١) البحر الزخار جـ ٥ ص ٦٧ ، التاج المذهب لأحكام المذهب جـ ٤ ص ١٥١ .

(٢) شرائع الإسلام جـ ٢ ص ١١٢ ، جواهر الكلام جـ ٢٦ ص ١٦٠ ، جامع المقاصد فى شرح القواعد جـ ٥ ص ٣٥٧ ، الحدائق الناضرة فى أحكام العترة الطاهرة جـ ٢١ ص ٤٧ .

(٣) شرح كتاب النيل وشفاء العليل جـ ٩ ص ٣٨١ .

(٤) المغنى لابن قدامة جـ ٥ ٦٠ رقم ٣٥٦١ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٣٨٣ ، الإنصاف جـ ٥ ص ٢٢٧ – ٢٢٨ ، العدة شرح العمدة جـ ١ ص ٣٣٤ – ٣٣٥ .

(٥) المحلى لابن حزم جـ ٨ ص ١١٠ رقم ١٢٢٦ .

(٦) الحاوى للكبير للماوردى جـ ٦ ص ٤١٨ .

(٧) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٦ ، العناية على الهداية جـ ٦ ص ٣٤٦ ، شرح فتح القدير جـ ٦ ص ٣٤٧ ، البحر الرائق جـ ٦ ص ٢٦٩ ، مجمع الأنهر جـ ٢ ص ١٤٦ ، الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٢٩٦ ، الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع جـ ٢ ص ٤٧ .

عين بالمعاوضة فلما ثبت أن نقله إلى العين لا يلزم إلا بالتراضى ، فنقله إلى الذمة أولى ألا يلزم إلا بالتراضى ، لأنه بنقله إلى عين أخرى قد وصل إلى حقه ، وبنقله إلى ذمه أخرى لم يصل إلى حقه . [1]

٦٥٣-٢- **أدلة الرأى الثانى** :

استدل أصحاب الرأى الثانى على ما ذهبوا إليه من عدم اشتراط رضا المحال بالحوالة ، بالسنة ، والمعقول :

٦٥٤- **من السنة** : ما روى عن أبى هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال : (مطل الغنى ظلم ، وإذا أتبع أحدكم على ملئ فليتبع) . [2]

وجه الاستدلال من الحديث : إن قول النبى ﷺ (فليتبع) أمر للمحتال بأن يقبل الحوالة إذا كانت على ملئ ، والأمر للوجوب ، وبالتالى يجبر المحال على قبول الحوالة ، وهذا معناه أنه لا يشترط رضاه . [3]

مناقشة هذا الاستدلال : ويناقش هذا الاستدلال بأن الأمر فى الحديث ليس للوجوب ، وإنما هو للندب والاستحباب ، وذلك لأن " بعض الأولياء عنده من اللدد فى الخصومة والتعسير ما تكثر به الخصومة والمضاررة ، فمن علم من حاله هذا لا يطلب الشارع اتباعه ، بل عدمه..." [4] .

٦٥٥- **من المعقول** : إن للمحيل أن يوفى الحق بنفسه ، وبوكيله ، وقد أقام المحال عليه مقام نفسه فى الإيفاء ، فلزم المحال القبول ، وليس له الامتناع . [5]

---

(١) الحاوى الكبير للماوردى جـ ٦ ص ٤١٨ ، العزيز شرح الوجيز جـ ٥ ص ١٢٧ ، وأيضاً : أستاذنا الدكتور حسين عبد المجيد : مرجع سبق ذكره ص ٧١ .

(٢) سبق تخريجه فقرة ١٩٠ من هذه الرسالة .

(٣) المبدع فى شرح المقنع جـ ٤ ص ٢٧٣ ، شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص ٢٥٧ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٣٨٦ ، أستاذنا الدكتور حسين عبد المجيد : المرجع السابق ص ٧١ الموضع نفسه .

(٤) شرح فتح القدير جـ ٦ ص ٣٤٦ .

(٥) شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص ٢٥٧ ، العدة شرح العمدة جـ ١ ص ٣٢٥ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٣٨٦ ، المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ٦١ رقم ٣٥٦١ .

٦٥٦- **الترجيـــح** :

بعـــد عـــرض آراء الفقهاء فى هذه المسالة يتضح لى ــ والله أعلم بالصـــواب ــ أن الرأى الراجح هو الرأى الأول الذى يشترط قبول المحال ورضاه بالحوالة ، وذلك لأن المحال هو صاحب الدين ، وبالتالى فإن حقه قد يـــتأثر إذا ما كان المحال عليه ــ مع يساره وملاءته ــ ظالماً ، آكلاً لحقوق الناس ، الأمر الذى يحتم رضاه بالحوالة ، وهذا الرأى هو ما أخذت به مجلة الأحكـــام العدلية حيث نصت فى المادة ٦٨٣ على أن " الحوالة التى أجريت بين المحيل ، والمحال عليه تنعقد موقوفة على قبول المحال " .

٦٥٧- **ثالثاً : مـدى اشـتراط رضـا المحـال عليـه بالحـوالة** :

إذا تمـــت الحوالة باتفاق المحيل ، والمحال ، فقد اختلف الفقهاء فى اشتراط رضا المحال عليه بالحوالة على رأيين :

٦٥٨- **الـرأى الأول** :

وهـــــو مـــــا ذهب إليـــه الحنفيـــة[١] ، والمالكيـــة [٢] فـــى غير المشـــهـــور عـــندهـــم ، والشـــافعيـــة فـــى الصحيح[٣] ، والزيدية [٤] ،

---

(١) بدائـــع الصـــنائع جـــ ٦ ص ١٥ ، العـــناية علـــى الهدايـــة جـــ ٦ ص ٣٤٦ – ٣٤٧ ، الـــبحر الـــرائق جـــ ٦ ص ٢٦٨ ، الاختـــيار لتعلـــيل المختار جـــ ٣ ص ٤ ، ومـــع ذلـــك فهـــناك حالـــة تنـــتج الحوالـــة فيها آثارها بمجرد العقد بين المحـــيل والمحـــال ــ المدـــين والدائـــن ــ دون حاجـــة إلى رضا المحال عليه ، وهـــى حالـــة مـــا إذا قـــدر القاضـــى نفقة للزوجة ، وأذن لها فى استدانتها ، فإنها ــ والحالـــة هـــذه ــ تســـتطيع باتفـــاق بيـــنها وبيـــن الدائـــن أن تحيل دائنها على زوجهـــا وتنـــتج الحوالـــة آثارهـــا ــ فـــى هـــذه الحالـــة ــ دون حاجة إلى قبول الـــزوج . يـــنظر : رد المحـــتار علـــى الدر المختار جـــ ٥ ص ٣١ ، سليم رستم باز : فى شرحه للمجلة ص ٣٧٣ .

(٢) مواهـــب الجلـــيل جـــ ٥ ص ٩١ ، الشـــرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه جـــ ٣ ص ٣٢٥ ، الشـــرح الصـــغير للدرديـــر جـــ ٣ ص ١٦٩ ، جواهر الإكليل جـــ ٢ ص ١٠٧ .

(٣) المهـــذب للشـــيرازى جـــ ٢ ص ١٤٤ ، وممـــن قـــال بذلـــك من الشافعية : أبو إبراهـــيم المـــزنى ، وأبـــو عـــبد الله الزبـــيرى وأبـــو سعيد الاصطخرى ، وأبو حفـــص بـــن الوكـــيل . يـــنظر : الحـــاوى الكبير للماوردى جـــ ٦ ص ٤٨٨ ، العزيز شرح الوجيز جـــ ٥ ص ١٢٧ .

(٤) البحر الزخار جـــ ٥ ص ٦٧ .

والإمامية [1] فى المشهور عندهم، والإباضية [2] ، ويرون ضرورة اشتراط رضا المحال عليه لصحة الحوالة .

٦٥٩- **الـرأى الثانى** :

وهــو ما ذهب إليه المالكية [3] فى المشهور عندهم ، والشافعية [4]

---

(١) شــرائع الإســلام جـــ ٢ ص ١١٢ ، جواهــر الكــلام جـــ ٢٦ ص ١٦٠ ، الروضـــة البهـية شــرح اللمعـــة الدمشقية جـ ٤ ص ١٣٦ ، جامع المقاصد فى شــرح القواعــد جـــ ٥ ص ٣٥٧ ، الحدائــق الناضــرة فــى أحكــام العــترة الطاهرة جـ ٢١ ص ٤٨ .

(٢) شرح كتاب النيل وشفاء العليل جـ ٩ ص ٣٨١ .

(٣) الشــرح الصــغير للدرديــر جـــ ٣ ص ١٦٩ ، مواهب الجليل جـ ٥ ص ٩١ ، حاشــية الــرهونى علــى شــرح الــزرقانى جـ ٥ ص ٤٩٥ ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٣٢٥ .
مــع ملاحظـــة أن المالكــية يشــترطون فــى المشــهور عندهم ، ألا يكون هناك عــداوة ســابقة علــى وقــت الحوالــة بين المحال عليه والمحال ، فإن كان هناك عــداوة ســابقة علــى الحوالــة فــلا تصــح على المشهور فإن حدثت العداوة بعد الحوالــة فــإن المحــال ـ والحالــة هــذه ـ يمــنع من اقتضاء الدين من المحال علــيه ، ويوكــل مــن يقتضــيه منه ، لئلا يبالغ فى إيذائه بعنف مطالبته ، ينظر : المــراجع الســابقة للســادة المالكــية وعلــى الخصــوص حاشــية الدسوقى على الشرح الكبير : الموضع نفسه .
ولكن هل يشترط حضور المحال عليه وإقراره بالدين عند المالكية ؟
هــناك قــولان مشــهران بالاشــتراط وعدمــه ، غــير أن القــول بالاشتراط هو الــراجح ، لأن القــول بعــدم الاشــتراط انفــرد بتشهيره ابن سلمون ، وأما العلة فــى ترجــيح القــول بالاشــتراط فقــد ســاقها ابــن عرفة الدسوقى بقوله : (إنما اشــترط حضــورة علــى هــذا القــول وإقــراره ـ وإن كان رضاه لا يعتبر ـ لاحــتمال أن يــبدى مطعــنا فــى البيــنة إذا حضــر ، أو يثبت براءته من الدين ببيــنة علــى الدفــع ، أو علــى إقراره به) ينظر : حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٣٢٥ .

(٤) الحــاوى الكبــير جـــ ٦ ص ٤١٨ وفــيه : (.. وبــه قــال مــن أصحابنا : أبو العــباس بــن ســريج ، وأبــو إســحاق المــروزى وأبــو على بن أبى هريرة) وأيضــاً : المهــذب جـــ ٢ ص ١٤٤ ، العزيــز شرح الوجيز جـ ٥ ص ١٢٧ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٩٤ .

فى الأصح ، والحنابلة[1] ، وبعض الإمامية [2] ، ويرون عدم اشتراط رضا المحال عليه لصحة الحوالة .

٦٦٠- الأدلـة :

٦٦١ - ١- دليل الرأى الأول :

استدل أصحاب الرأى الأول على ما ذهبوا إليه من اشتراط رضا المحال عليه بالحوالة ، بالمعقول وذلك بما يأتى :

١- إن الحوالة تجعل المحال عليه ملتزماً بالدين ، ويختلف عليه الطلب ، والناس متفاوتون فى اقتضاء ديونهم ، فمنهم من يعنف فيه ويستعجل ، ومنهم يساهل ويمهل . [3]

٢- قياس المحال عليه على المحال بجامع أن كلاً منهما طرف فى عقد الحوالة ، والمحال يشترط رضاه ، فكذلك المحال عليه . [4]

ويناقش هذا : بأن قياس المحال عليه على المحال بجامع أن كلاً منهما طرف فى العقد لنثبت للأول اشتراط رضاه الثابت للثانى إنما هو قياس مع الفارق ، ووجه الفرق : أن المحال لما لم تتم البراءة من دينه إلا برضاه لم تتم الحوالة إلا برضاه ، عكسه المحال عليه لما تمت البراءة من الدين الذى عليه بغير رضاه ، تمت الحوالة بغير رضاه . [5]

---

(١) شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص ٢٥٧ ، الإنصاف جـ ٥ ص ٢٢٧ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٢٨٦ ، الشرح الكبير على متن المقنع جـ ٥ ص ٦١ .

(٢) جامع المقاصد جـ ٥ ص ٣٥٧ ، الحدائق الناضرة جـ ٢١ ص ٤٨ ، جواهر الكلام جـ ٢٦ ص ١٦٠ – ١٦١ .

(٣) شرح فتح القدير جـ ٦ ص ٣٤٧ ، الاختيار لتعليل المختار جـ ٣ ص ٤ ، الحاوى الكبير جـ ٦ ص ٤١٨ : الحدائق الناضرة جـ ٢١ ص ٤٨ .

(٤) العزيز شرح الوجيز جـ ٥ ص ١٢٧ ، المهذب جـ ٢ ص ١٤٤ ، الحاوى الكبير : الموضع نفسه .

(٥) الحاوى الكبير للماوردى جـ ٦ ص ٤١٦ وأيضاً : أستاذنا الدكتور حسن عبد المجيد : المرجع السابق ص ٧٥.

٦٦٢- ٢- **دليل الرأى الثانى** :

استدل أصحاب الرأى الثانى على ما ذهبوا إليه من عدم اشتراط رضا المحال عليه بالحوالة بالسنة والمعقول :

٦٦٣- **فمن السنة** : روى عن أبى هريرة ﷺ أن النبى ﷺ قال : (مطل الغنى ظلم ، وإذا أتبع أحدكم على ملئ فليتبع) . [١] .

وجه الاستدلال من الحديث : إن قول النبى ﷺ : (... وإذا أتبع أحدكم على ملئ فليتبع) أمر للمحال أن يقبل الحوالة إذا صدرت من المحيل وكان المحال عليه مليئاً ، فدل ذلك على عدم اشتراط رضا المحال عليه . [٢]

٦٦٤ – **من المعقول** : واستدل أصحاب هذا الرأى على ما ذهبوا إليه بالمعقول وذلك من وجهين :

الوجه الأول : إن المحال عليه مدين للمحيل ، وللمحيل أن يستوفى حقه من المحال عليه بنفسه وبوكيله وقد أقام المحال مقام نفسه فى القبض فلزم المحال عليه الأداء إليه ، كما لو وكله فى الاستيفاء منه .[٣]

الوجه الثانى : إن المحال عليه مدين بالدين ، ومطالب بأدائه ، ويستوى لديه أن يفى به للمحيل أو لأى شخص آخر يعينه طالما لم يتكلف أمراً زائداً عن التزامه الأصلى .

٦٦٥- **الترجيح** :

بعد عرض آراء الفقهاء فى هذه المسألة أرى أن الذى يميل إليه قلبى ، وتطمئن إليه نفسى هو ما ذهب إليه أصحاب الرأى الثانى القائلون بعدم اشتراط رضا المحال عليه ، وذلك لأن المحال عليه مطالب بأداء الدين

---

(١) سبق تخريجه فقرة ١٩٠ من هذه الرسالة .

(٢) أستاذنا الدكتور حسين عبد المجيد : ص ٧٦ .

(٣) العدة شرح العمدة جـ ١ ص ٣٣٤ ، الشرح الكبير على متن المقنع جـ ٥ ص ٦١ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٣٨٦ ، شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص ٢٥٧ ، المهذب جـ ٢ ص ١٤٤ ، العزيز شرح الوجيز جـ ٥ ص ١٢٧ ، الحاوى الكبير للماوردى جـ ٦ ص ٤١٨ ، إعانة الطالبين جـ ٣ ص ٧٥ .

الذى عليه على أى وضع ، ويستوى لديه أن يؤديه إلى المحيل نفسه باعتباره دائـنـاً له ، أو إلى أى شخص آخر [1] ، وذلك مع الأخذ فى الاعتبار الشرط الـذى اشـترطه السادة المالكية فى المشهور عندهم ، وهو ألا يكون المحال عـدواً للمحال عليه ، وذلك لأنه فى هذه الحالة ربما قسى المحال فى مطالبة المحـال عليه نكاية به ، أو ربما أمعن المحال عليه فى مطله وتسويفه الأمر الـذى يؤدى إلى النزاع والشقاق المنهى عنه شرعاً فى قوله تعالى : ﴿ وَلاَ تَنَازَعُوا فَتَفْشَلُوا وَتَذْهَبَ رِيحُكُمْ ﴾ [2] .

الفرع الثانى
أطـراف حـوالة الديـن

٦٦٦- لحوالة الدين أطراف ثلاثة هى : المحيل ، والمحال ، والمحال عليه ، وسنتناول كل واحد من هذه الأطراف فى غصن مستقل .

الغصن الأول
المحيـــل

وسـنتناول فـى هذه المسألة الأهلية اللازمة للمحيل ، وضرورة أن يكون مديناً للمحال :

٦٦٧- **أولاً : الأهليـة اللازم توافـرها فى المحيـل :**

يشترط لانعقاد حوالة الدين أن يكون المحيل عاقلاً " مميزاً " وهذا ما قـررته المـادة ٦٨٤ مـن مجلـة الأحكام العدلية ، حيث نصت على أنه : " يشـترط فى انعقاد الحوالة كون المحيل ، والمحال لـه عاقلين .. " وأيضاً المادة ٨٨١ من مرشد الحيران التى تنص على أنه : " يشترط لصحة انعقاد الحوالة أن يكون المحيل والمحتال عاقلين ... " .

وعلـى ذلـك إذا كـان المحيل مجنوناً ، أو صبياً غير مميز كانت

---

(١) أ.د حسين عبد المجيد : مرجع سبق ذكره ص ٧٦ .
(٢) سورة الأنفال من الآية رقم ٤٦ .

الحوالــة باطلــة ، كمــا يشترط لنفاذ الحوالة بعد انعقادها أن يكون المحيل بالغــاً ، وعلــى ذلك إذا كان المحيل صبياً مميزاً كانت الحوالة موقوفة على إجازة وليه ، أو وصيه ، لأن فيها معنى المبادلة كالبيع ، فإن أجازها نفذت ، وإلا فلا . [1]

وهــذا الحكــم قررته المادة ١/٦٨٥ من مجلة الأحكام العدلية التى نصــت علــى أنه : " ويشترط فى نفوذ الحوالة كون المحيل ، والمحال لــه بالغين ... " كما قررته ــ أيضاً ــ المادة ١/٨٦٤ من مرشد الحيران التى نصــت علــى أنه : " يشترط لنفاذ عقد الحوالة أن يكون المحيل ، والمحتال بالغين ، فلا تنفذ حوالة الصبى المميز ، بل تنعقد موقوفة على إجازة وليه ، أو وصيه، فإن أجازها نفذت ، وإلا فلا " .

٦٦٨ــ ثانياً : ضرورة أن يكون المحيل مديناً للمحال :

يشــترط الفقهاء [2] فى المحيل أن يكون مديناً للمحال ، وذلك لأنه لا

---

(١) لــم يــتكلم عــن الأهلــية اللازمــة للمحيل سوى الحنفية ، إلا أنه يفهم من اشتراط رضــاه بالحوالــة عــند الجمهــور ضــرورة اشتراط هذا الشرط . ينظر : البحر الــرائق جــ ٦ ص ٢٦٨ ، الفــتاوى الهــندية جـ ٣ ص ٢٩٥ ، بدائع الصنائع جــ ٦ ص ١٦ ، شــرح المجلــة لســليم رســتم باز : ص ٣٧٤ ، أ.د صبحى محمصــانى : الــنظرية العامــة للموجــبات والعقــود : مرجع سبق ذكره جـ ٢ ص ٣٥١ ، أ.د عــبد الــودود يحــيى : حوالــة الديــن : مــرجع ســبق ذكــره ص ١٢١ .

ويــنظر فــى اشــتراط غــير الحنفــية لإبرام عقد الحوالة ضرورة رضا المحيل وبالــتالى اشــتراط كونــه أهــلاً لإبــرامها: لشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه جــ ٣ ص ٣٢٥ ، مغــنى المحــتاج جــ ٢ ص ١٩٣ ، المغــنى لابــن قدامة جــ ٥ ص ٥٨ رقــم ٣٥٥٨ ، الــبحر الــزخار جـ ٥ ص ٦٧ ، جواهر الكلام جـ ٢٩ ص ٦٧ ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل جـ ٩ ص ٣٨١ .

(٢) بدائــع الصــنائع جــ ٦ ص ١٦ ، الــبحر الرائق جـ ٦ ص ٢٦٨ ، حاشية رد المخــتار علــى الــدر المخــتار جـ ٥ ص ٣٤٢ وفيه : (الشرط : كون الدين للمحــتال علــى المحــيل ، وإلا فهــى وكالة ، لا حوالة) البهجة شرح التحفة جـ ٢ ص ٥٨ وفــيها : (فــإن لــم يكــن ديــن للمحــال على المحيل فهى وكالة لا حوالــة) وأيضــا: شــرح الــزرقانى على مختصر خليل جـ ٦ ص ١٧ ، شرح مــنح الجلــيل جــ ٣ ص ٢٣٠، الشــرح الكبــير وحاشــية الدسوقى عليه===

يمكن تصور حوالة دين ، دون أن يكون هناك دين للمحال على المحيل يريد هـذا الأخير أن يحوله إلى ذمة المحال عليه، فإن لم يكن هناك دين للمحال علـى المحـيل ، فإننا ـ والحالة هذه ـ لا نكون بصدد حوالة دين ، وإنما نكون بصدد وكالة [1] ، وهذا ما قررته المادة ٨٦٦ من مرشد الحيران التى نصـت على أنه: " يشترط لصحة الحوالة أن يكون المحيل مديوناً للمحتال ، وإلا فهـى وكالـة " والمادة ١١٧٨ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد ، التى نصت على أن : " إحالة الشخص من لا دين له عليه على مدينه وكالة فى الطلب والقبض " .

الغصن الثانى

المحـــال

٦٦٩- الأهلية التى يلزم توافرها فى المحال :

الأهلية التى يلزم توافرها فى المحال هى الأهلية نفسها التى يشترط توافرها فى المحيل ، والتى سبق بيانها . [2]

وعلـى ذلـك فيشـترط لانعقاد حوالة الدين أن يكون المحال عاقلاً (مميزاً) فإذا كان المحال مجنوناً، أو صبياً غير مميز كانت الحوالة باطلة .

كما يشترط لنفاذ حوالة الدين ان يكون بالغاً ، فإذا لم يكن بالغاً ، بأن كـان صبياً مميزاً فلا تنفذ ، بل تنعقد موقوفة على إجازة وليه ، أو وصيه ،

=جـ ٣ ص ٣٢٥ ، حاشية الرهونى علـى شـرح الزرقانى جـ ٥ ص ٤٠٢ ، نهايـة المحـتاج جـ ٤ ص ٤١٠ ، الإقـناع فـى حل الفاظ أبى شجاع جـ ٢ ص ٤٦ ، المغـنى لابـن قدامـة جـ ٥ ص ٥٧ رقم ٣٥٥٦ ، المبدع جـ ٤ ص ٢٧٦ ، شـرح منـتهى الإرادات جـ ٢ ص ٢٥٩ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٣٨٤ ، وفـيه : (فـإن أحـال مـن لا ديـن عليه شخصاً على من لـه عليه دين ، فهى وكالة جرت بلفظ الحوالة) .

(١) خلافـاً للشـافعية ، حيـث يـرون أن الحوالـة فـى هـذه الحالة لا تنعقد وكالة ، اعتـباراً للفـظ وترجـيحاً لدلالـته ، يـنظر : حاشـية الشبراملسـى على نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٤٢٣ .

(٢) يراجع فقرة ٦٦٧ من هذه الرسالة .

فإن أجازها نفذت ، وإلا فلا [١] ، غير أن الحنفية يشترطون فى هذه الإجازة أن يكون المحال عليه أغنى من المحيل ، فإن كان مثله فى الغنى واليسار فلا تصح الحوالة ، لأن إجازة الولى مقيدة بنفع الصغير [٢] ، وأولى لو كان المحال عليه أقل غنى من المحيل .

غير أن إذا تمت الحوالة مباشرة بواسطة الولى ، أو الوصى ، ففى هذه الحالة له أن يقبل الحوالة على محال عليه أقل غنى من المحيل ، غاية ما هنالك أنه يضمن للصغير ما يفوت من ماله .[٣]

الغصن الثالث

المحال عليه

سأتناول فى هذا الغصن : الأهلية التى يلزم توافرها فى المحال عليه ، ومدى اشتراط مديونية المحال عليه للمحيل .

٦٧٠- أولاً : الأهلية التى يلزم توافرها فى المحال عليه :

يشترط لكى تنعقد الحوالة صحيحة أن يكون المحال عليه عاقلاً بالغاً ، فلا يكفى لانعقاد الحوالة أن يكون المحال عليه عاقلاً كما هو الحال فى المحيل ، بل يشترط أيضاً أن يكون بالغاً ، وعلى ذلك إذا لم يكن المحال عليه بالغاً ، بأن كان صغيراً سواء أكان مميزاً أم غير مميز كانت الحوالة باطلة .

ولعل السبب فى اشتراط البلوغ فى المحال عليه أن قبوله الحوالة يعد

---

(١) البحر الرائق جـ ٦ ص ٢٦٨ ، الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٢٦٩ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٦ ، أ.د صبحى محمصانى : المرجع السابق جـ ٢ ص ٣٥١ ، وأيضاً : المادتين : ٦٨٤ – ٦٨٥ من مجلة الأحكام العدلية ، والمادتين ٧٧٠ – ٧٧١ من مرشد الحيران .

(٢) حاشية الطحطاوى على الدر المختار جـ ٣ ص ١٦٧ طبعة مطبعة بولاق سنة ١٢٥٤هـ ، الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٢٩٦ ، وأيضاً : أ.د صبحى محمصانى : المرجع السابق الصفحة نفسها ، سليم رستم باز : شرح المجلة ص ٣٧٥ ، أ.د عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ١٢٢ .

(٣) سليم رستم باز : المرجع والمكان السابقان ، أ.د عبد الودود يحيى المرجع والمكان السابقان .

من التصرفات الضارة ضرراً محضاً [١] ، وبالتالى لا يجوز للقاصر قبولها حتى ولو رضى بذلك وليه [٢] ، وهذا الحكم هو ما قررته المادة ٨٦٣ من مرشد الحيران التى تنص على أنه : " ويشترط لصحة انعقاد الحوالة أن يكون المحيل والمحتال عاقلين ، وأن يكون المحتال عليه عاقلا بالغاً " وكذلك المادة ٦٨٤ من مجلة الأحكام العدلية التى تنص على أنه : " يشترط فى انعقاد الحوالة كون المحيل ، والمحال له عاقلين ، وكون المحال عليه عاقلاً بالغاً " .

٦٧١ – **مدى اشتراط مديونية المحال عليه للمحيل** :

٦٧٢ – لا يشترط الحنفية أن يكون المحال عليه مديناً للمحيل ، وذلك لأن الحوالة عندهم قسمان : حوالة مقيدة ، وحوالة مطلقة :

فالحوالة المقيدة : هى الحوالة التى قيدت بالإعطاء من مال المحيل الذى فى ذمة المحال عليه أو تحت يده بطريق الأمانة ، أو الضمان ، وذلك

---

(١) وهذا الحكم وإن كان ظاهره أنه قاصر على الحوالة المطلقة ، لأنها هى الحوالة التى يتعرض فيها المحال عليه لخطر فقد ما وفاه دون مقابل، لأنه لا يكون للمحيل مال عند المحال عليه يمكن أن يخصم منه المحال عليه ما وفى ، أما فى الحوالة المقيدة حيث يكون المحال عليه مديناً للمحيل ، فلا خطر على المحال عليه حيث يستطيع أن يخصم ما وفاه للمحيل مما عنده ، أقول : هذا الحكم وإن كان ظاهره ذلك ، إلا أن فقهاء الحنفية لا يفرقون بين الحوالة المطلقة والحوالة المقيدة ففى كلتا الحالتين يشترط لانعقاد الحوالة أن يكون المحال عليه عاقلاً بالغاً . ينظر : شيرون ومحمد صادق فهمى : حوالة الدين فى التشريعات الأوربية وفى الشريعة الإسلامية ، وهو بحث منشور فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣١م ص ٢١ ، أ.د عبد الودود يحيى المرجع السابق ص ١٢٠ ، وقارن : أ.د إبراهيم عبد الحميد : المرجع السابق ص ٨٨ هامش ١ ، حيث يرى سيادته : أنه إذا كانت الحوالة مقيدة فلا يكون بلوغ المحال شرطاً لانعقاد الحوالة ، وإنما يكون شرطاً لنفاذها ، وعلى ذلك إذا كان المحال عليه دون البلوغ انعقدت الحوالة موقوفة على إجازة وليه .

(٢) البدائع جـ ٦ ص ١٦ ، البحر الرائق جـ ٦ ص ٢٦٨ ، أ.د صبحى محمصانى : المرجع السابق جـ ٢ ص ٣٥١ .

كـأن يقـول المدين (المحيل) للآخر : أحلت فلاناً عليك بالألف التى لى فى ذمتك ، فيقبل ، أو يقول له : أحلت فلاناً عليك بالألف التى له على على أن تؤديها إليه من النقود التى أودعتكها ، أو على أن تؤديها إليه من النقود التى اغتصبتها منى فيقبل ، ويجيز المحال فى الأحوال كلها .

والحوالـة المطلقـة : هى تلك التى لم تقيد بشىء من ذلك ، ويكون الإعطاء فيها من مال المحال عليه نفسه ، سواء أكان للمحيل مال عنده ، أو دين عليه أم لا .

فسـواء كـان المحال عليه مديناً للمحيل أو لا ، فإن الحوالة تصح عندهم [١] .

ووافقهم فى ذلك الزيدية [٢] ، والمشهور عند الإمامية [٣] ، وقول عند الإباضية[٤] ، ويرون عدم اشتراط أن يكون المحال عليه مديناً للمحيل .

---

(١) يـنظر فـى ذلـك : بدائـع الصـنائع جـ ٦ ص ١٦ ، تبيين الحقائق جـ ٤ ص ١٧٣ ، الفـتاوى الهـندية جـ ٣ ص ٢٩٧ الفـتاوى الخانـية بهـامش الهندية جـ ٣ ص ٧٣ ، والمادتـان ٦٧٨ – ٦٧٩ مـن مجلـة الأحكـام العدلـية ، والمادتـان ٨٧١ – ٨٧٢ مـن مرشـد الحـيران ، ويـنظر أيضـاً : الشيخ أحمد إبراهـيم : الالـتزامات فـى الشـرع الإسـلامى : ص ٢٢٠ طبعة دار الأنصار بالقاهـرة ، الشـيخ علـى حسـب الله : مرجع سبق ذكره ص ١١٦ ، أ.د إبراهيم عبد الحميد : ص ٥٤ .

(٢) البحر الزخار جـ ٥ ص ٦٩ .

(٣) جواهـر الكـلام جـ ٢٦ ص ١٦٥ وفـيه : (ويصـح أن يحيل على من ليس لـه عليه دين وفاقاً للمشهور ...) .

(٤) شـرح النـيل وشـفاء العلـيل جـ ٩ ص ٣٩١ – ٣٩٢ وفيه : (وجوز أن يحيل علـى مـن لـيس علـيه شـىء ... وهـى حمالة ... وقيل حوالة ، لأنهم تلفظوا بلفـظ الحوالـة ، فالحوالـة علـى هـذا القـول تتصور فيما إذا كان للمحيل على المحال عليه شىء ، وفيما إذا لم يكن عليه شىء ...) .

٦٧٣ - أمـــا جمهور الفقهاء من المالكية [١] ، والشافعية [٢] ، والحنابلة [٣] ، وقـــول عند الإمامية[٤] وجمهور الإباضية [٥] ، فإنهم يشترطون فى المحال علـــيه أن يكـــون مديناً للمحيل ، بأن يكون للمحيل دين ثابت فى ذمة المحال عليه .

ويـــناقش الجمهـــور ما ذهب إليه الحنفية من عدم اشتراط ذلك بأنه إذا لـــم يكن للمحيل دين فى ذمة المحال عليه ، فلا تكون ـــ والحالة هذه ـــ بصـــدد حوالـــة وإنمـــا نكون بصدد كفالة عند المالكية [٦] ، والإباضية [٧] ، والإمامـــيـــة [٨] ، وقضـــاء لديـــن الغير إن تطوع المحال عليه بالأداء عند

(١) شـــرح الـــزرقانى علـــى المختصـــر جـــ ٦ ص ١٧ ، شـــرح الخرشـــى علـــى مختصـــر لخلـــيل وحاشـــية العـــدوى علـــيه جـــ ٤ ص ٢٣٣ ، الشـــرح الكبير وحاشـــية الدســـوقى علـــيه جـــ ٣ ص ٣٢٥ ، شـــرح مـــنح الجلـــيل جـــ ٣ ص ٢٣٠ .

(٢) المهـــذب للشـــيرازى جـــ ٢ ص ١٤٣ ، نهايـــة المحـــتاج جـــ ٤ ص ٤١٠ ، الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع جـ ٢ ص ٤٦ .

(٣) شـــرح منـــتهى الإرادات جـــ ٢ ص ٢٥٩ ، المغـــنى لابن قدامة جـ ٥ ص ٥٧ رقم ٣٥٥٦ ، الشرح الكبير على متن المقنع جـ ٥ ص ٥٨ .

(٤) جواهر الكلام جـ ٢٦ ص ١٦٥

(٥) شـــرح النـــيل وشـــفاء العلـــيل جـ ٩ ص ٣٩١ ، وفيه : (ولا تجوز الإحالة على مـــن لـــيس لـــه علـــيه شـــىء ، فإن أحلت غريمك على من ليس لك عليه شىء بطلت الإحالة ، ولم تنعقد ـــ، وقيل : تجوز وتكون كفالة) .

(٦) الشـــرح الصـــغير للدرديـــر جـــ ٣ ص ١٦٩ وفيه : (... وثبوت دين للمحيل علـــى المحـــال علـــيه ، وإلا كانـــت حمالـــة إن رضى المحال عليه ، لا حوالة ، وإن وقعـــت بلفـــظ الحوالـــة ...) وأيضـــاً : الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه جـــ ٣ ص ٣٢٥ - ٣٢٦ ، شـــرح الخرشـــى علـــى مختصر خليل جـ ٦ ص ١٧ ، البهجة شرح التحفة جـ ٢ ص ٥٨ .

(٧) شـــرح النـــيل وشـــفاء العلـــيل جـــ ٩ ص ٣٩١ ، وفيه : (وقيل : تجوز وتكون كفالة) .

(٨) جواهـــر الكـــلام جـــ ٢٦ ١١٦٥ ، وفـــيه : (ويصـــح أن يحيل على من ليس له عليه دين وفاقاً للمشهور ... لكن ذلك بالضمان أشبه ..) .

الشافعية [1] ، ووكالة بالاقتراض عند الحنابلة . [2]

٦٧٤ - **الراجح** :

هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من اشتراط ثبوت دين للمحيل على المحال عليه ، لأنه إذا لم يكن المحال عليه مديناً للمحيل كان العقد أقرب إلى الكفالة - والله تعالى أعلم - .

الفرع الثالث

محل حوالة الدين

٦٧٥- محل عقد حوالة الدين هو الدين الذى للمحال على المحيل ، الذى يراد تحويله من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، وهذا الدين يجب أن تتوافر فيه شروط ، أهمها ما يأتى :

٦٧٦- **الشرط الأول** : **أن يكون الدين ثابتاً فى ذمة المحيل** :

ولا خلاف بين الفقهاء فى اشتراط هذا الشرط ، وعلى ذلك فإن أحال من لا دين عليه شخصاً على من له عليه دين لم تصح الحوالة ، وقد سبق مزيد بيان لذلك عند الكلام عن ضرورة أن يكون المحيل مديناً للمحال فنحيل إليه . [3]

٦٧٧- **الشرط الثانى** : **أن يكون الدين لازماً** :

وهذا الشرط قد اشترطه الحنفية [4] ، والشافعية [5] ، وهم وإن كانوا

---

(١) أسنى المطالب جـ ٢ ص ٢٣١ وفيه : (ولو أحال على من لا دين عليه ، لم تصح الحوالة ، ولو رضى بها لعدم الاعتياض ، إذ ليس عليه شيء يجعله عوضاً عن حق المحتال ، فإن تطوع بأداء دين المحيل كان قاضياً دين غيره ، وهو جائز ...) .

(٢) كشاف القناع جـ ٣ ص ٣٨٥ وفيه : (وإن أحال من عليه دين على من لا دين عليه فهو وكالة فى اقتراض) وأيضاً : المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ٥٧ رقم ٣٥٥٦ .

(٣) ينظر آنفاً فقرة ٦٦٨ من هذه الرسالة .

(٤) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٦ ، البحر الرائق جـ ٦ ص ٢٦٨ ، الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٢٩٦، والمادتان ٦٨٧ ، ٦٨٨ من مجلة الأحكام العدلية.

(٥) العزيز شرح الوجيز جـ ٥ ص ١٢٩ ، مغنى المحتاج ٢ ص ١٩٤ ، أسنى المطالب جـ ٢ ص ٢٣٠ ، نهاية المحتاج وحاشية الشبراملسى عليه جـ ٤ ص ٤١٠ .

متفقين فى اشتراط هذا الشرط ، إلا أنهم قد اختلفوا فى مدلوله :

- فالحنفيـــة يريدون بالدين اللازم الدين الصحيح ، وهو ما لا يسقط إلا بالأداء ، أو الإبراء ، وقد اشترطوه قياساً على الكفالة ، بجامع أن الكفالة والحوالـــة التزام بما على مدين ، ولأن الأصل عندهم أن كل دين تصح كفالته ، تصح الحوالة به ، وما لا تصح كفالته لا تصح الحوالة به . (١)
- وأما الشافعيـــة (٢) فقد عنوا بالدين اللازم ما لا يدخله خيار ، وإن كانوا قد ألحقوا بالدين اللازم ما كان آيلاً إلى اللزوم .

٦٧٨- **الشـرط الثالث : أن يكـون الديـن المحـال به معلوماً :**

وهذا الشرط قد اشترطه الحنفية (٣) ، والشافعية (٤) ، والحنابلة (٥) ،

---

(١) الـبدائع جــــ ٦ ص ١٦ وفــيه : (... والــثانى : أن يكــون لازماً ، فلا تصح الحوالـــة بديـــن غـــير لازم ، كـــبدل الكـــتابة ، وما يجرى مجراه ، لأن ذلك دين تســـمية لا حقـــيقة ، إذ المولــى لا يجـــب له علـــى عبده دين ، والأصل أن كل دين لا تصح الكفالة به ، لا تصح الحوالة به) .

(٢) العزيــز شــرح الوجــيز جــــ ٥ ص ١٢٩ ، أسنى المطالب جــ ٢ ص ٢٣٠ ، نهاية المحتاج جــ ٤ ص ٤٢٣ ، أ.د إبراهيم عبد الحميد ص ١٠١ .

(٣) حاشــية رد المحـــتار علـــى الـــدر المختار جــ ٥ ص ٢٤٣ ، وفيها : (لو احتال بمـــال مجهـــول علـــى نفســـه ، بـــأن قـــال : احتلت بما يذوب ــ أى يجب ــ لك علـــى فـــلان ، لا تصـــح الحوالـــة مـــع جهالـــة المال) درر الحكام شرح مجلة الحكـــام لعلـــى حـــيدر جــــ ٢ ص ٢٤ ، وأيضـــاً المادة ٨٦٨ من مرشد الحيران .

(٤) المهـــذب جــــ ٢ ص ١٤٣ ، أســـنى المطالـــب جـــ ٢ ص ٢٣١ ، نهاية المحتاج جــــ ٤ ص ٤٢٥ ، وفـــيه : (ويشـــترط العلـــم مـــن كـــل منهما بما يحال به ، وعليه قدراً ، وصفة ، وجنساً) .

(٥) كشـــاف القـــناع جــــ ٣ ص ٣٨٦ ، شـــرح منتهى الإرادات جـــ ٢ ص ٢٥٦ ، المغـــنى لابـــن قدامـــة جـــــ ٥ ص ٥٧ رقـــم ٣٥٥٧ ، الشـــرح الكبير على متن المقـــنع جــــ ٥ ص ٦٠ ، وفـــيه : (ويعتـــبر لصـــحة الحوالـــة أن تكون بمال معلـــوم ، لأنهـــا إن كانـــت بـــيعاً فـــلا يصح فى مجهول ، وإن كانت تحول الحق فيعتبر فيها التسليم ، والجهالة تمنع منه ..) .

والإمامية [1] ، والإباضية [2] ، وذلك نظراً لما قد يترتب على جهالة الدين المحال به من المنازعة ، والخصومة ، وتعذر الوفاء ، وهذا ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية فى المادة ٦٨٨ حيث جاء فيها : (... يلزم أن يكون المحال به معلوماً ، فلا تصح حوالة الدين المجهول . مثلاً : لو قال : قبلت دينك الذى سيثبت على فلان لا تصح الحوالة) .

٦٧٩- **الشرط الرابع : أن يكون الدين المحال به مستقراً :**

الدين المستقر : هو الدين الذى لا يتطرق إليه انفساخ بتلف مقابله ، أو فواته بأى سبب كان . [3]

واعتبار هذا الشرط يقتضى عدم صحة الحوالة بدين السلم لعدم استقراره ، إذ لا يؤمن من فسخ السلم بسبب طرو انقطاع المسلم فيه ، وامتناع الاعتياض عنه ، وهذا ما ذهب إليه المالكية إذا كان الدين المحال به ، والدين المحال عليه طعاماً من سلم حل أجل الوفاء به [4] ، والشافعية فى الأصح عندهم [5] ، والحنابلة [6] ،

---

(١) جواهر الكلام شرح شرائع الإسلام جـ ٢٦ ص ١٦٨ وفيه : (ويشترط فى المال المحال به أن يكون معلوماً : وأيضاً : جامع المقاصد فى شرح القواعد جـ ٥ ص ٣٥٨ .

(٢) شرح كتاب النيل وشفاء العليل جـ ٩ ص ٣٨٣ .

(٣) يراجع فى معنى استقرار الدين : فقرة ١٠٥ .

(٤) المدونة جـ ١٥ ص ٨٢ وفيه : (قلت) فإن كان الطعامان جميعاً من سلم فحلاً جميعاً فأحاله به ، أيجوز هذا ؟ (قال) : لا يجوز هذا عند مالك ، لأن هذا من بيع الطعام قبل أن يستوفى) المنتقى شرح الموطأ جـ ٥ ص ٢٤ .

(٥) المجموع للإمام النووى جـ ٩ ص ٢٧٣ وفيه : (... وهل تجوز الحوالة به ، بأن يحيل المسلم إليه المسلم بحقه على من له عليه دين قرض أو إتلاف ، أو الحوالة عليه بأن يحيل المسلم من له عليه دين قرض أو إتلاف على المسلم إليه ؟ فيه ثلاثة أوجه : أصحها : لا ...) وأيضاً : العزيز شرح الوجيز جـ ٥ ص ١٢٩ ، أسنى المطالب جـ ٢ ص ٢٣١ ، نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٤١٠ .

(٦) العدة شرح العمدة جـ ١ ص ٣٢٣ ، وفيه : (ولا يجوز الحوالة به ، لأنها إنما تجوز بدين مستقر ، والسلم يعرض للفسخ) وأيضاً : شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص ٢٥٦ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٣٨٤ .

والزيدية [١] ، وهو قول بعض الإمامية [٢] ، وإليه ذهب الإباضية . [٣]

* وذهب الحنفية [٤] ، والشافعية في وجه عندهم [٥] ، وجمهور الإمامية [٦] إلى القول بصحة حوالة دين السلم ، على أساس أن الحوالة ليست من جنس البيع ، أو المعاوضة ، وإنما هى نقل دين من ذمة إلى أخرى ، أو طرح دين عن ذمة بمثله فى أخرى .

ولعل الراجح هو عدم جواز الحوالة بدين السلم ، وذلك لعدم توافر شرط من شروط الحوالة بالدين ، ألا وهو استقرار الدين المحال به ، ودين السلم يفتقر إلى هذا الاستقرار لما يترتب على تعذره ، أو انقطاعه من تزلزل سبب ترتبه فى الذمة .

٦٨٠- **الشرط الخامس : أن يكون الدين المحال به حالاً :**

وهذا الشرط قد اشترطه السادة المالكية [٧] دون غيرهم من الفقهاء .

---

(١) البحر الزخار جـ ٣ ص ٤٠٩ وفيه : (وليس للمسلم أن يستحيل بالمسلم فيه إلى ما فى ذمته ، إذ هو بيع له قبل قبضه ، وقد نهى عنه) .

(٢) جامع المقاصد فى شرح القواعد جـ ٤ ص ٢٢٩ ، وفيه : (... وربما قيل بالمنع ، لأن الحوالة معاوضة ، فلا تصح عن ثمن السلم قبل قبضه) .

(٣) الإيضاح للشماخي جـ ٦ ص ٧٥ وفيه : (... الحوالة فى السلم لا تجوز ، لأن الحوالة مخصوصة من بيع الدين بالدين ، والمخصوص لا يتعدى ما خص فيه ، وهو الدين) وأيضاً : شرح النيل جـ ٨ ص ٦٨١ .

(٤) البدائع جـ ٥ ص ٢١٤ وفيه : (وتجوز الحوالة بالمسلم فيه لوجود ركن الحوالة مع شرائطه ..) .

(٥) المجموع للإمام النووى جـ ٩ ص ٢٧٣ وفيه : (... وهل تجوز الحوالة به ـ أى المسلم فيه ـ بأن يحيل المسلم إليه المسلم بحقه على من له عليه دين قرض ، أو إتلاف ، أو الحوالة عليه بأن يحيل المسلم من له عليه دين قرض أو إتلاف على المسلم إليه ؟ فيه ثلاثة أوجه ... والثانى : نعم ...) .

(٦) جامع المقاصد فى شرح القواعد جـ ص ٢٢٩ .

(٧) شرح الخرشى على مختصر خليل جـ ٦ ص ١٨ وفيه : (ومن شروط صحة الحوالة ، ولزومها حلول الدين المحال به ، وهو دين المحتال الذى هو فى ذمة المحيل ، لأنه إذا لم يكن حالاً أدى إلى تعمير ذمة بذمة فيدخله ما نهى عنه من بيع الدين بالدين ، ومن بيع الذهب بالذهب ، أو بالورق لا يداً بيد إن كان الدينان ذهباً ، أو ورقاً ، إلا أن يكون الدين الذى ينقل ===

وعلـــى ذلك فلا تصح الحوالة عندهم بدين لم يحل أجله بعد ، إلا إذا كان الدين المحال عليه حالاً ، وقبض المحال الدين قبل التفرق من المجلس ، وإلا فلا تصح ، لأنها ــ حالتئذ ــ تكون من بيع الكالئ بالكالئ ، فضلاً عن تحقق ربا النسيئة إذا جمعت الدينين علة ربوية واحدة .[1]

٦٨١ـ **الشـرط السـادس : أن يكون الدين المحال به مماثلاً للدين المحال :**

اتفق الفقهاء القائلون باشتراط دين للمحيل على المحال عليه ، وثبوت ديـــن للمحال على المحيل على أنه يشترط أن يكون الدينان متماثلين ، وذلك لأن الحوالة عقد إرفاق يقصد به الإيفاء والاستيفاء ، لا الاسترباح والاستكثار ، فلو أذن بالتفاوت فيها لتبارى المتعاملون فى ذلك كل يريد أن يغبن الآخر ، ويصيب منه أكثر مما يترك له ، وهذا خلاف موضوعها .[2]

ومـــع اتفاقهم على شرط التماثل بين هذين الدينين إلا أنهم قد اختلفوا فيما يعتبر من صفات التماثل :

فذهـــب الشافعية [3] والحنابلة [4] إلى ضرورة أن يكون الدين المحال

=== إلـــيه حـــالاً ، ويقـــبض ذلـــك مكانــــه قبل أن يفترقا مثل الصرف ، فيجوز ذلـــك) ويـــنظر أيضــــاً : الشـــرح الكبـــير وحاشية الدسوقى عليه ــ ٣ ص ٣٢٦ ــ ٣٢٧ .

(١) أ.د إبراهيم عبد الحميد : مرجع سبق ذكره ص ١٠٩ .

(٢) شـــرح منـــتهى الإرادات جـــــ ٢ ص ٢٥٦ ، جواهـــر الكـــلام شـــرح شـــرائع الإسلام جــ ٢٦ ص ١٧٠ ، أ.د إبراهيم عبد الحميد ص ١١١ .

(٣) المهـــذب جـــــ ٢ ص ١٤٣ ، العزيـــز شـــرح الوجـــيز جــ ٥ ص ١٣١ ، نهاية المحـــتاج جـــــ ٤ ص ٢١٤ ، أســـنى المطالـــب جـــــ ٢ ص ٢٣١ ، وفـــيه : (الشـــرط الثالـــث : اتفـــاق الدينيـــن جنساً ، وقدراً ، وحلولاً ، وتأجيلاً ، وصحة وتكســـراً وجـــودة ورداءة ولـــو فـــى غير الربوى ، لأن الحوالة ليست على حقيقة المعاوضـــات ، وإنمـــا هـــى معاوضـــة إرفاق جوزت للحاجة فاعتبر فيها الاتفاق كما فى القرض) .

(٤) شـــرح منـــتهى الإرادات جـــــ ٢ ص ٢٥٦ ، وفـــيه : (شـــروط الحوالـــة خمسة شـــروط .... الـــثانى : إمكـــان المقاصـــة ، بـــأن يـــتفق الحقان جنساً ، وصفة ، وحلـــولاً وأجـــلاً ، فـــلا تصـــح بدنانـــير على دراهم ، ولا بصحاح على مكسرة ، ولا بحـــال علـــى مؤجـــل ونحـــوه ، ولا مـــع اخـــتلاف أجـــل ، لأنها عقد إرفاق كالقـــرض ، فلـــو جـــوزت مـــع الاخـــتلاف لصـــار المطلـــوب مـــنها ===

بـــه مماثلاً للدين المحال عليه فى الجنس ، والقدر ، والصفة ، والحلول والتأجيل .

وعلى ذلك فلا تصح الحوالة بنقود فضية على ذهبية أو العكس ، ولا بقمح على شعير ولا بضأن على معز .

كمـــا لا تصح الحوالة بدين مقداره مائة جنيه على دين مقداره مائة وخمســـون ؛ لأنه ربا فى الأكثر ، ومنفعة فى التحول إلى الأقل ، ولكن إذا أحاله بمائة على مائة من مائة وخمسين صحت الحوالة لتوافر شرط التماثل فى المقدار .

كمـــا لا تصـــح الحوالـــة بمغشوش على خالص ، ولا بخالص على مغشوش ، لما قد يؤدى إليه من التفاضل بين الدينين .

كذلك لا تصح الحوالة بدين حال على دين مؤجل ، ولا بدين مؤجل إلى شهر على دين مؤجل إلى شهرين لاشتراط تساويهما فى الحلول والتأجيل ، وفى مقدار الأجل إذا كانا مؤجلين .

- وذهب المالكية [1] ــ أيضاً ــ إلى اشتراط صفات التماثل السابقة عدا التماثل فى الحلول والتأجيل ، فلم يقولوا باشتراطه .

=== الفضـــل فـــتخرج عـــن موضـــوعها) كشـــاف القـــناع جـــ ٣ ص ٣٨٥ ، وفـــيه : (ويشـــترط تمـــاثل الدينيـــن فى القدر ، فلا تصح الحوالة بعشرة على خمســـة ، ولا عكســـه بـــاى أحـــال بخمســـة علـــى عشـــرة للتخالف ... وتصح الحوالـــة بخمســـة مـــن العشـــرة علـــى خمســـة ، وتصـــح الحوالة بالخمسة على خمســـة مـــن العشـــرة للموافقـــة) وأيضـــاً : المـــبدع جـــ ٤ ص ٢٧٢ ، المغنى لابـــن قدامـــة جـــــ ـــ ٥ ص ٥٥ رقـــم ٣٥٥٥ ، الشـــرح الكبير على متن المقنع جـــ ٥ ص ٥٩ .

(١) الـــبهجة شـــرح الـــتحفة للتســـولى جــــــ ٢ ص ٥٦ ، وفـــيه : (... ولا تجوز الحوالـــة إلا إذا كـــان الديـــن المحـــال بـــه مجانسا ، أى مماثلا للدين المحال عليه فـــى الجـــنس ، والقـــدر ، والصـــفة ، كذهـــب وذهـــب ، أو فضـــة وفضـــة ، او عـــرض علـــى مـــثله قـــدراً وصـــفة) وأيضاً : شرح الزرقانى على مختصر خلـــيل جــــ ٦ ص ١٩ ، مـــنح الجلـــيل جــــ ٣ ص ٢٣٩ ، حلـــى المعاصـــم للتاودى جـــ ٢ ص ٥٦ ، الخرشى على مختصر خليل جـــ ٦ ص ١٨ .

- وذهب بعض الإمامية [1] إلى اشتراط أن يكون الدينان متماثلين فى الجنس والصفة .
- وذهب الظاهرية [2] إلى الاقتصار فقط على التماثل فى الحلول والتأجيل .

---

(1) جواهر الكلام جـ ٢٦ ص ١٧٠ وفيه : (يشترط فى صحة الحوالة تساوى الماليين – أى المحال به والمحال عليه – جنساً ، ونوعاً ، ووصفاً ...) وأيضاً : الحدائق الناضرة جـ ٢١ ص ٥٤ ، الروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقية جـ ٤ ص ١٣٧ .

(2) المحلى لابن حزم جـ ٨ ص ١١٠ رقم ١٢٢٨ وفيه : (وتجوز الحوالة بالدين المؤجل على الدين المؤجل إلى مثل أجله لا إلى ابعد ولا إلى أقرب ، وتجوز الحوالة بالحال على الحال ، ولا تجوز بحال على مؤجل ولا بمؤجل على حال ، ولا بمؤجل على مؤجل إلى غير اجله ،لأن فى ذلك إيجاب تأجيل حال أو إيجاب حلول مؤجل ، ولا يجوز ذلك ، إذ لم يوجبه نص ولا إجماع ، وأما المؤجل بالمؤجل إلى أجله فلم يمنع منه نص ولا إجماع ...)
ومما تجدر الإشارة إليه ، والتنبيه عليه أن هذا الشرط إنما يشترطه جمهور الفقهاء الذين يرون ضرورة أن يكون هناك دين للمحيل على المحال عليه ، وثبوت دين للمحال على المحيل ، أما الحنفية الذين يكتفون بوجود دين للمحال على المحيل ، ولا يشترطون ثبوت دين للمحيل على المحال عليه فلا يشترطون هذا الشرط ، وإتماماً للفائدة سأذكر أهم شروط الدين المحال عليه ، فأقول :
يشترط فى الدين المحال عليه – عند جمهور الفقهاء عدا الحنفية – شروط أهمها ما يأتى :
١- **أن يكون الدين المحال عليه لازماً** : وهذا الشرط قد اشترطه المالكية ، والشافعية ، واحترز باللازم عن دين الصبى ، والسفيه بغير إذن الولى ، وكذا ثمن سلعة مبيعة بالخيار قبل لزومه فلا يصح الحوالة عليه ، وإن كان الشافعية قد ألحقوا باللازم ما كان آيلاً إلى اللزوم . ينظر : الشرح الصغير للدردير جـ ٣ ص ١٦٩ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه جـ ٣ ص ٣٢٦ ، العزيز شرح الوجيز جـ ٥ ص ١٢٩ ، أسنى المطالب جـ ٢ ص ٢٣٠ ، نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٤١٠ .
٢- **أن يكون الدين المحال عليه معلوماً** : وهذا الشرط قد اشترطه الشافعية ، والحنابلة ، نظراً لما قد يترتب عى جهالة الدين المحال عليه من تعذر الوفاء والخصومة والمنازعة . ينظر : أسنى المطالب جـ ٢ ص ٢٣١ ، نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٤١٢ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٣٨٦ ، شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص ٢٥٦ . ===

٦٨٢- الشـرط السـابع : أن يكـون الديـن المحـال بـه مما يجوز الاعتياض عنه :

ويشـترط أيضاً فى الدين المحال به أن يكون مما يجوز الاعتياض عنـه ، وهـذا الشـرط قـد اشترطه جمهور الفقهاء من المالكية [١] ،

٣- === **أن يكـون الديـن المحـال علـيه مسـتقراً :** وهذا الشرط يقتضى عدم جـواز الحوالـة علـى ديـن السـلم لأنـه دين غير مستقر ، إذ يحتمل أن يـتطرق إلـيه الانفسـاخ بسـبب تعـذر حصـوله ، لانقطاعـه ، وامتناع الاعتـياض عـنه ، وقـد قـال بهـذا الشـرط الشافعية فى الأصح عندهم ، والحنابلة ، وأكثر الإباضية .
يـنظر علـى الـتوالى : المجمـوع شرح المهذب جـ ٩ ص ٢٧٣ ، أسنى المطالـب جـ ٢ ص ٢٣١ ، نهايـة المحـتاج جـ ٤ ص ٤١٠ ، شرح منـتهى الإرادات جـ ٢ ص ٢٥٦ ، كشـاف القـناع جـ ٣ ص ٣٨٤ ، المـادة ١١٦٨ مـن مجلـة الأحكـام الشـرعية علـى مذهب الإمام أحمد ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل جـ ٩ ص ٣٨٤ .

٤- **أن يكـون الديـن المحـال علـيه ممـاثلاً للديـن المحال به :** فى الجنس ، والقـدر ، والصـفة ، والحلـول والتأجـيل عـند الشـافعية والحنابلة ، وفى الجـنس والقـدر والصـفة عـند المالكـية ، وفى الجنس والصفة عند بعض الإمامـية ، وفـى الحلـول والتأجـيل عـند الظاهرية ، ينظر على التوالى : أسـنى المطالـب جـ ٢ ص ٢٣١ ، نهايـة المحـتاج جـ ٤ ص ٤١٢ ، شـرح منـتهى الإرادات جـ ٢ ص ٢٥٦ ، كشـاف القـناع جـ ٣ ص ٣٨٥ ، الـبهجة شـرح الـتحفة جـ ٢ ص ٥٦ ، حلـى المعاصم للتاودى جـ ٢ ص ٥٦ ، جواهـر الكـلام جـ ٢٦ ص ١٧٠ ، المحلى لابن حزم جـ ٨ ص ١١٠ .

٥- **أن يكـون الديـن المحـال علـيه مما يجوز الاعتياض عنه ،** أى مما يجوز بـيعه ، وهـذا الشـرط قـد اشترطه جمهور الفقهاء من المالكية ، والشافعية ، والحـنابلة ، كـل علـى حسـب مذهبه فى الاعتياض عن الدين . ينظر : المراجع المذكورة للشرط السابع من شروط الدين المحال به .

(١) شـرح الخرشـى علـى مختصـر خلـيل جـ ٦ ص ١٩ وفيه : (ومن شروط صـحة الحوالـة ألا يكـون الديـنان ـ أى المحال به وعليه ـ طعاماً من بيع ... لـئلا يدخلـه بـيع الطعـام قـبل قبضه ، وسواء اتفقت رؤوس الأموال أم اختلفت ، فلـو كانـا مـن قـرض جازت الحوالة ، أو أحدهما من بيع والآخر من قرض جـازت بشـرط حلـول الطعاميـن معـاً عند ابن القاسم . وحكى ابن حبيب عن مـالك وأصـحابه إلا ابـن القاسـم جوازهـا بشـرط حلول المحال به خاصة) وأيضـاً : الـزرقانى علـى المختصـر جـ ٦ ص ٢٠ ، حاشية الرهونى على شرح الزرقانى جـ ٥ ص ٤٠٥ ، منح الجليل جـ ٣ ص ٢٤٠ .

والشافعية [1] ، والحنابلة [2] ، كل على طريقته .

المطلب الثانى
أركان حوالة الدين فى القانون المدنى

٦٨٣- تمهيد وتقسيم :

حوالة الدين فى القانون المدنى لها صورتان :

الأولى : تتم باتفاق بين المدين (المحيل) وشخص آخر (المحال عليه) يقبل أن يتحمل عنه الدين ، وهذه الصورة نصت عليها المادة ٣١٥ من القانون المدنى المصرى بقولها : " تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين ، وشخص آخر يتحمل عنه الدين " وهذه الصورة هى الصورة الغالبة . [3]

الثانية : وتتم باتفاق بين الدائن والمحال عليه ، وقد نصت عليها المادة ١/٣٢١ التى تنص على أنه : " يجوز ــ أيضاً ــ أن تتم حوالة الدين

---

(١) حاشية الرملى على أسنى المطالب جـ ٢ ص ٢٣٠ ، وقد جاء فيها تعليقاً على قول صاحب الروض أن من شروط صحة الحوالة أن تكون بدين يجوز الاعتياض عنه : (فلو كان الاعتياض عنه غير جائز ، بأن كان مما لا يجوز التفرق عنه قبل القبض كرأس مال السلم إذا كان موصوفاً فى الذمة ، وكما إذا باع نقداً فى الذمة فلا تصح الحوالة به ، ولا عليه) وأيضاً : الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع جـ ٢ ص ٤٧ ، إعانة الطالبين جـ ٣ ص ٧٥ .

(٢) المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ٥٦ رقم ٣٥٥٥ وفيه : (ولا تصح الحوالة به ــ أى بدين السلم ــ لأنها لم تصح إلا فيما يجوز أخذ العوض عنه ، والسلم لا يجوز أخذ العوض عنه ..) .

(٣) أ.د عبد الرزاق السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى جـ ٣ فقرة ٣١٠ ص ٥٦١ ، أ.د عبد الحى حجازى : النظرية العامة للالتزام ــ الجزء الثانى ــ : أحكام الالتزام فقرة ١٨٠ ص ١٢٧ ، أ.د أحمد سلامة : مذكرات فى نظرية الالتزام ــ الكتاب الثانى : أحكام الالتزام فقرة ١٧٢ ص ٢١٢ ، أ. د محمد لبيب شنب : أحكام الالتزام مرجع سبق ذكره فقرة ١٩٤ ص ٢٢٠ .

باتفاق بين الدائن ، والمحال عليه يتقرر فيه أن هذا يحل محل المدين الأصلي في التزامه " ، وهذه الصورة نادرة في العمل [1] وتنعقد صحيحة بمجرد اتفاق الدائن [2] ، والمحال عليه على أن يتحمل هذا الأخير الدين الذي على المدين الأصلي ، دون توقف على رضا المدين الأصلي ، " فهي تنعقد صحية سواء أقرها المدين ، أو رفضها ، وذلك أنها تتمخض لمنفعته ، إذ يترتب عليها أن تبرأ ذمته من الالتزام " [3] .

وسوف يقتصر الكلام على الصورة الأولى التي تتم بين المدين الأصلي والمحال عليه ، لكونها الصورة الغالبة في العمل ، وعلى ذلك فسينقسم الكلام في هذا المطلب إلى فرعين :

الفرع الأول : شروط انعقاد حوالة الدين .

الفرع الثاني : شروط نفاذ حوالة الدين .

الفرع الأول

شروط انعقاد حوالة الدين في القانون المدني

684- تتم الحوالة – في صورتها الغالبة – باتفاق يبرمه المدين (المحيل)

(1) أ.د عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني جـ ٣ ص ٣١٠ ص ٥٦١ ، أ.د محمود جمال الدين زكي – نظرية الالتزام في القانون المدني المصري جـ ٢ في أحكام الالتزام فقرة ١٨ ص ١٩٣ ، أ.د سليمان مرقس : الوافي في شرح القانون المدني جـ ٦ في أحكام الالتزام فقرة ٣١٣ ص ٦٥٧ – ٦٥٨ ، أ.د أحمد سلامة مرجع سبق ذكره فقرة ١٧٣ ص ٢١٢ .

(2) ويكون هذا الاتفاق صراحة أو ضمناً . ينظر : نقض مدني في ١٩ أبريل ١٩٧٨م – مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ رقم ٢٠٤ ص ١٠٣١ ، وأيضاً : مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٣ ص ١٥٨ وفيها : (إن العقد بين الدائن والمحال عليه ، يصح أن يتم صراحة أو ضمناً ، بيد أنه يشترط على أي حال أن يفرغ رضاء الطرفين بحيث يتيسر للدائن أن يفهم منه أن المحال عليه لم يقصد إلى الاشتراك في المسئولية عن الدين ، أو إلى الالتزام به على سبيل التضامن ، بل إلى إحلال نفسه محل المدين الأصلي في أدائه) .

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٣ ص ١٥٨ .

مـــع شـــخص مـــن الغير (المحال عليه) يقبل أن يتحمل الدين بدلاً منه ، فطـــرفا حوالة الدين فى هذه الصورة هما المدين (المحيل) ، والمحال عليه ، أما الدائن فليس طرفاً فى الاتفاق ورضاؤه ليس لازماً لانعقاده [1] ، وإنما هو شرط فى نفاذه كما سيأتى .

٦٨٥- وهـــذا الاتفـــاق ينـــبغى أن يـــتوافر لانعقاده الشروط والأركان التى تستوجبها القواعد العامة : وهى التراضى ، والمحل ، والسبب . [2]

٦٨٦- فيجب أن يرضى كل من المدين ، والمحال عليه بالحوالة ، بأن تتجه إرادتهمـــا إلى تحويل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، كما يجب أن تكـــون هـــذه الإرادة خالـــية من العيوب ، وهى الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال ، كما يجب أن يكون هذا الرضا صادراً عن ذى أهلية ، والأهلية الواجبة فى المدين الأصلى هى أهلية التعاقد بوجه عام .

أمـــا أهلية المحال عليه فهى أهلية الالتزام معاوضة [3] ، أو تبرعا ، تبعاً للعلاقة التى تقوم بينه وبين المدين الأصلى . [4]

٦٨٧- كذلك يجب أن تتوافر فى المحل شرائطه العامة ، ومحل حوالة الدين هـــو الديـــن الذى يحول من ذمة المدين الأصلى إلى ذمة المحال عليه [5] ،

---

(١) أ.د عـــبد الحـــى حجـــازى : الســـابق فقـــرة ١٨٠ ص ١٢٧ ، أ.د عبد الفتاح عبد الـــباقى : دروس فـــى أحكـــام الالـــتزام فقرة ١٩٢ ص ٢١٤ ، أ.د سليمان مرقس : فقـــرة ٣١٤ ص ٦٥٨ ـــ ٦٥٩ ، أ.د محمـــد لبيـــب شـــنب : فقـــرة ١٩٢ ص ٢١٤ .

(٢) أ.د الســـنهورى : الســـابق فقـــرة ٣١٠ ص ٥٦٠ ، أ.د محمـــد لبيب شنب : فقرة ١٩٤ ص ٢٢٠ ، أ.د أحمد سلامة : فقرة ١٧٢ ص ٢١٣ .

(٣) وتتمم حوالة الدين معاوضة فى حالتين :

الأولـــى: إذا كـــان المحـــال علـــيه مديـــناً للمحـــيل ، وقد قصد بقبوله الحوالة أن ينقضى دينه مقابل وفائه بالدين المحال به .

الثانـــية: إذا انصـــرفت نـــية المحـــال علـــيه إلـــى الرجوع على المحيل بما وفاه للدائن . ينظر : أ.د محمد لبيب شنب : فقرة ١٩٤ ص ٢٢٠ .

(٤) أ.د عبد الرزاق السنهورى : فقرة ٣١٣ ص ٥٦٣ .

(٥) المرجع السابق : فقرة ٣١٠ ص ٥٦٠ .

ويشـــترط وجود دين صحيح ، وأن يكون ما زال قائماً وقت الحوالة [١] ، ثم بعد ذلك يستوى أن يكون الدين حالاً أو مؤجلاً ، منجزاً ، أو معلقاً على شرط ، كمـــا تصـــح الحوالة بالدين المستقبل [٢] ، وفى هذه الحالة يجب أن يكون الدين معيناً تعييناً كافياً ، أو على الأقل قابلاً للتعيين [٣] ، بيد أن حوالة الدين المستقبل وإن كانت صحيحة إلا أنها لا تنفذ إلا بوجود الدين . [٤]

ومما تجدر الإشارة إليه والتنبيه عليه أن حوالة الدين لا يشترط فيها أن يكـــون الديـــن المحـــال به يمكن المطالبة به قضاءً ، وعلى ذلك فحوالة الالـــتزام الطبيعى صحيحة ، وذلك كحوالة الدين الذى سقط بالتقادم ، بيد أن حوالـــة مثل هذا الالتزام لا تؤدى إلى أن يكون حق الدائن قبل المحال عليه أكثر من حقه قبل المدين القديم ، وبالتالى يكون التزام المحال عليه قبل الدائن التزاماً طبيعياً كما كان التزام المدين السابق . [٥]

٦٨٨- أما السبب فى حوالة الدين ، فهو الباعث الدافع على عقدها [٦] ، ولا يعدو السبب ــ ههنا ــ أن يكون تطبيقاً للقواعد العامة .

الفرع الثانى

شـروط نفـاذ حـوالة الديـن فى القـانون المـدنى

٦٨٩- سبق أن الذكر [٧] أن عقد حوالة الدين ينعقد ــ فى صورته الغالبة ــ بين المدين (المحيل) والمحال عليه ، أما الدائن فليس طرفاً فيها ، ولذلك لا

---

(١) أ.د عبد الودود يحيى : المرجع السابق ص ٢٠٨ .

(٢) أ.د السـنهورى : فقـرة ٣١٠ ص ٥٦٠ ، أ.د عبد الحى حجازى : فقرة ١٨١ ص ١٢٨ ، أ.د عبد الودود يحيى : ص ٢٠٨ .

(٣) أ.د عبد الودود يحيى : المرجع السابق : الموضع نفسه .

(٤) مجموعـة الأعمال التحضيرية جـ ٣ ص ١٥٨ ، أ.د السنهورى : الموضع نفسه ، أ.د عبد الودود يحيى : ص ٢٠٩ .

(٥) أ.د عبد الودود يحيى : المرجع السابق الموضع نفسه .

(٦) أ.د عـبد الـرزاق السـنهورى : فقـرة ٣١٠ ص ٥٦٠ ، أ.د محمد لبيب شنب : فقرة ١٩٤ ص ١٢٢ ، أ.د أحمد سلامة : فقرة ١٧٢ ص ٢١٣ .

(٧) يراجع فقرة ٦٨٣ من هذه الرسالة .

يلزم رضاؤه لقيامها وانعقادها .

وإذا كان رضاء الدائن ليس لازماً لانعقاد الحوالة بين المدين والمحال عليه ، إلا أن هذا الرضا لابد منه لنفاذ الحوالة فى حقه ، وهذا ما قررته المادة ١/٣١٦ التى تنص على أنه : " لا تكون الحوالة نافذة فى حق الدائن إلا إذا أقرها " .

والمقصود بنفاذ الحوالة فى حق الدائن : هو أن انتقال الدين من المدين الأصلى إلى المحال عليه يكون سارياً فى مواجهة الدائن ، فتبرأ ذمة الأول ، ويصبح الثانى وحده هو المدين للدائن ، وأن الدائن يجوز لـه أن يتمسك بهذه الحوالة قبل المحال عليه ، فيطالبه بالدين . (١)

هذا : وإذا كانت حوالة الدين لا تكون نافذة فى واجهة الدائن إلا بإقراره لها ، كان من الضرورى إلقاء مزيد من الضوء على هذا الإقرار ، فنتناول تبرير اشتراطه ، وكيف يتم ؟ وكون الدائن حراً فى إقرار الحوالة أو رفضها ، والوقت الذى يصدر فيه ، والأثر المترتب عليه ، وذلك فيما يأتى :

٦٩٠- **أولاً** : **تبرير اشتراط الإقرار** : ولعل ما يبرر اشتراط الإقرار أن الديـن الذى تقع عليه الحوالة إنما هو مملوك للدائن ، فإذا حوله المدين إلى المحال عليه فقد تصرف فيه بغير إذن صاحبه ، ومعلوم أن التصرف فى ملك الغير بغير إذنه لا يكون نافذاً فى حق صاحبه ، فإذا أراد الدائن أن يجعل هذا العقد نافذاً فى حقه أقره .(٢) .

٦٩١- **ثانياً** : **كيف يتم الإقرار** : يتم إقرار الدائن للحوالة بتعبيره عن موافقته على الحوالة، ووصول هذا التعبير إلى علم من وجه إليه ، سواء أكان هو المحيل أم المحال عليه (٣) ، ولا يشترط فى هذا الإقرار شكل معين ، بل يجوز أن يصدر باللفظ ، أو بالكتابة أو باتخاذ موقف يدل على رضاء

---

(١) أ.د سليمان مرقس : فقرة ٣١٦ ص ٦٦١ .

(٢) أ.د عبد الحى حجازى : فقرة ١٨٢ ص ١٣٠ ، أ.د أحمد سلامة : فقرة ١٧٣ ص ٢١٤ .

(٣) أ.د عبد الرزاق السنهورى : فقرة ٣١٨ ص ٥٧٠ ، أ.د عبد الحجى حجازى : فقرة ١٨٣ ص ١٨١ ، أ.د محمود جمال الدين زكى : فقرة ١٧٨ ص ١٩٢ ، أ.د عبد الودود يحيى : ص ١٦٨ .

الدائن بالحوالة (المادة ١/٩٠ مدنى) كما أن هذا الإقرار قد يكون صريحاً ، وقد يكون ضمنياً [١] ، ويكون إقرار الدائن للحوالة إقراراً ضمنياً ، إذا استوفى الدين ، أو جزء منه من المحال عليه دون تحفظ ، أو يقبل منه أى عمل آخر يقوم به على اعتبار أنه هو المدين ، أو أن يرفع الدائن على المحال عليه دعوى يطالبه فيها بالدين بوصفه محالاً عليه ، أو يمنحه أجلاً للوفاء . [٢]

٦٩٢- **ثالثاً : الدائن حر فى إقرار الحوالة أو رفضها** : للدائن مطلق الحرية فى أن يقر الحوالة ، أو يرفضها ، فالأمر متروك لتقديره دون أن يكون عليه فى هذا التقدير معقب ، فللدائن أن يرفض الحوالة حتى لو كان المحال عليه أكثر ملاءة واقتداراً من المدين الأصلى (المحيل) وحتى لو كان دينه مكفول الوفاء بعد الحوالة ، وذلك لأن الملاءة أو الاقتدار ليس هو الأمر الوحيد الذى يهم الدائن من مدينه ، فإلى جانبه ، يهم الدائن أن يجد فى مدينه حسن الاستعداد لقضاء ديونه ، وبعده عن المشاكسة ، والتسويف والمطل ، وقد ترك القانون للدائن أمر التقدير فى هذا المجال ، دون معقب عليه فى ذلك من أحد . [٣]

---

(١) نقض مدنى فى ٢٥ ديسمبر ١٩٨٤م ، وقد جاء فيه أن (قبول الدائن للحوالة يغنى عن إعلانه بها رسمياً على نحو ما نصت عليه المادة ٣٢٢ مدنى ، وأنه من الجائز أن يكون هذا القبول ضمنياً كما لو صدر من الدائن أى تعبير عن الإرادة يدل على رضائه بالحوالة) ينظر : مجموعة أحكام النقض السنة ٣٥ رقم ٤١٧ ص ٢٢٠١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٣ ص ١٣٧ – ١٣٨ ، وأيضاً : أ.د عبد الرزاق السنهورى : فقرة ٣٢٠ ص ٥٧٤ ، أ.د عبد الفتاح عبد الباقى : فقرة ١٩٢ ص ٢١٥ ، أ.د سليمان مرقس : فقرة ٣١٦ ص ٦٤٤ ، أ.د أحمد سلامة : فقرة ١٧٣ ص ٢١٤ .

(٣) أ.د السنهورى : فقرة ٣٢١ ص ٥٧٥ ، أ.د عبد الفتاح عبد الباقى : فقرة ١٩٢ ص ٢١٤ ، ومما تجدر الإشارة إليه أن المشروع التمهيدى كان يتضمن حكماً يخالف هذا الحكم ، فقد كانت المادة ٤٦ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : (١- إذا رفض الدائن الإقرار كانت الحوالة غير نافذة فى حقه . ٢- على أنه لا يجوز للدائن أن يرفض الإقرار إذا كان حقه بعد الحوالة مكفول الوفاء) وكان يستفاد من هذا الحكم أن الدائن إذا أحيل على مقتدر بحيث يكون حقه مكفول الوفاء ، فليس ==

٦٩٣- رابعاً : الوقت الذى يصدر فيه الإقرار : ليس فى القانون المدنى المصرى بدايـــة لمـــيعاد صـــدور الإقـــرار إلا وقت انعقاد الحوالة (١) ، كما أنه ليس لهـــذا المـــيعاد نهايـــة وبالتالى يجوز للدائن أن يقر الحوالة فى أى وقت بعد انعقادها . (٢)

إلا أن المشرع الوضعى قد تدخل لكى يمكن طرفى الحوالة من حسم الأمر بالنسبة للدائن، فقد أعطى لكل فى المدين (المحيل) والمحال عليه الحق فى أن يقوم بإعلان الدائن بالحوالة ، وأن يحدد له أجلاً معقولاً لتحديد موقفه من الحوالة ، إما بإقرارها وإما برفضها ، فإذا صرح الدائن خلال هذا الوقت بـــرأى ، اعتد بما صرح به ، وإن مضى هذا الميعاد دون أن يكشف الدائن عـــن موقفه، اعتبر سكوته رفضاً (٣) ، وهذا ما قررته المادة ٣١٦ / ٢ التى

=== له أن يرفض إقرار الحوالة ، وإلا كان متعسفاً فى استعمال حقه فى الرفض ، وفى هذه الحالة تكون الحوالة نافذة فى حقه دون حاجة إلى إقراره ، ولما عرض هذا النص على مجلس الشيوخ قام اعتراض على فكرة إجبار الدائن على إقرار الحوالة ولـــو كان الحق بعد الحوالة مكفول الوفاء ، وقد قيل فى الرد على هذا الاعتراض : (إن الـــنص يتضـــمن قاعدة شرعية وردت فى حديث شريف عن النبى ﷺ : (فإذا أحـــيل أحدكـــم على ملئ فليحتل) فأجيب : (بأن تطبيق القاعدة الشرعية قد تغير ، وأصـــبحت الـــنفوس مليئة بالشر ، والمكر ، فهناك أشخاص أغنياء لا يمكن التعامل معهـــم ، ولا يمكن الاقتضاء منهم) ثم رأت لجنة مجلس الشيوخ حذف الفقرة الثانية على أساس أن هذه (العبارة تفتح باب المنازعات ، وقد تسبب أضراراً كبيرة للدائن الذى ارتضى أن يعامل المدين دون غيره لأسباب متعددة . ينظر : مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ ٣ ص ١٤٢ – ١٤٣ ، أ.د السنهورى : فقرة ٣٢١ ص ٥٧٤ ، أ.د عبد الودود يحيى : ص ١٦٩ – ١٧٠ .

(١) أ.د الســـنهورى : فقـــرة ٣١٨ ص ٥٧٠ – ٥٧١ ، وقـــارن : أ.د عـــبد الفـــتاح عـــبد الـــباقى : فقـــرة ١٩٢ ص ٢١٥، أ.د عـــبد الـــودود يحيى : ص ١٧٧ وما بعدها.

(٢) أ.د السنهورى : فقرة ٣١٨ ص ٥٧١ .

(٣) أ.د الســـنهورى : فقـــرة ٣١٨ ص ٥٧١ ، أ.د عـــبد الحـــى حجازى : فقرة ١٨٤ ص ١٣١ ، أ.د محمـــود جمـــال الديـــن زكـــى : فقرة ١٧٨ ص ١٩٢ ، أ.د عبد الفـــتاح عـــبد الـــباقى : فقـــرة ١٩٢ ص ٢١٥ ، أ.د سليمان مرقس : فقرة ٣١٦ ص ٦٦٣ ، أ.د احمـــد ســـلامة فقـــرة ٢٧٣ ص ٢١٥ ، أ.د محمـــد لبيب شنب : فقرة ١٩٥ ص ٢٢١ ، أ.د عبد الودود يحيى ص ٢٧١ .

تنص على أنه : " وإذا قام المحال عليه ، أو المدين الأصلى بإعلان الحوالة إلى الدائن ، وعين له أجلاً معقولاً ليقر الحوالة ، ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الإقرار ، اعتبر سكوت الدائن رفضاً للحوالة " .

وإذا كان سكوت الدائن عن إبداء رأيه فى الحوالة بعد إعلانه بها ، ومضى الأجل المعقول المبين فى الإعلان يعد رفضاً للحوالة ـ على النحو الذى سبق بيانه ـ إلا أن المقنن الوضعى قد استثنى من هذا الحكم حالة خاصة ، فسر فيها سكوت الدائن على أنه يعد رضاً بالحوالة ، وإقراراً لها ، وهذه الحالة نصت عليها المادة ٣٢٢ من القانون المدنى بقولها : (١- لا يستتبع بيع العقار المرهون رهنا رسمياً انتقال الدين المضمون بالرهن إلى ذمة المشترى ، إلا إذا كان هناك اتفاق على ذلك . ٢- فإذا اتفق البائع والمشترى على حوالة الدين ، وسجل عقد البيع ، تعين على الدائن متى أعلن رسمياً بالحوالة أن يقرها ، أو يرفضها فى ميعاد لا يجاوز ستة أشهر ، فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبت برأى اعتبر سكوته إقراراً " .

ويتضح من هذا النص أنه إذا باع شخص عقاراً يملكه ، وكان هذا العقار مرهوناً رهنا رسمياً فى دين عليه لدائنه ، واتفق مع المشترى على أن يحول عليه الدين المضمون بالرهن بمعنى أن يتحمل به مكانه ، ثم سجل البيع ، وأعلن الدائن بعد ذلك رسمياً بالحوالة ، كان على الدائن أن يبدى فى الحوالة رأياً ، إما بالقبول ، وإما بالرفض خلال ستة أشهر من تاريخ وصول الإعلان إليه فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبت فى الموضع برأى اعتبر سكوته إقراراً للحوالة ، وليس رفضاً لها . [1]

فهذا النص قد انحرف بهذه الحالة الخاصة عن الأحكام التى تقدم ذكرها فى أمرين :

الأول : أنه حدد المدة المعقولة ، وجعلها ستة أشهر .

---

(١) أ.د السنهورى : فقرة ٣١٩ ص ٥٧١ – ٥٧٢ ، أ.د محمود جمال الدين زكى : فقرة ١٧٩ ص ١٩٢ – ١٩٣ ، أ.د عبد الفتاح عبد الباقى : فقرة ١٩٢ ص ٢١٥ – ٢١٦ ، سليمان مرقس فقرة ٣١٧ ص ٦٦٦ .

الـثانى : أنــه جعــل سكوت الدائن بعد انقضاء هذه المدة إقراراً للحوالة لا رفضاً لها . [1]

٦٩٤ـ خامساً : الأثــر المترتــب عــلى إقرار الدائن الحوالة أو على رفضها : إذا رفض الدائـــن إقــرار الحوالة [2] بقيت غير نافذة فى حقه، ومع ذلك تبقى للحوالة آثارهــا فــيما بين المعاقدين فيكون المدين الجديد (المحال عليه) ملزماً إزاء المديــن الأصلى (المحيل) بالوفاء للدائن فى الوقت المناسب ، غير أن الدائن لا يحق له أن يجبره على الوفاء .

أمــا إذا أقر الدائن الحوالة ، فإنها ــ والحالة هذه ــ تصبح نافذة فى حقه، وينتقل الدين بالنسبة إليه من المدين الأصلى (المحيل) إلى المحال عليه، وهــذا الإقــرار لــــه أثر رجعى ، فتبرأ ذمة المدين الأصلى (المحيل) من المدين اعتباراً من تاريخ الحوالة لا من تاريخ الإقرار . [3]

٦٩٥ المقارنـة بيـن الفقـه الإسلامى والقـانون المـدنى :

بالـــنظر إلى أركان حوالة الدين فى كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى لاتضح تشابه القانون المدنى مع الفقه الإسلامى ــ فى الجملة ــ فى

---

(١) أ.د السـنهورى : فقــرة ٣١٩ ص ٥٧١ – ٥٧٢ ، عــلاوة علــى ذلك فقد اشترط فــى هــذا الإعــلان أن يكــون رســمياً ، فى حين أن المادة ٣١٦ / ٢ لم تشترط ذلــك ، كمــا أنــه لــم يجــز للمحيل ، أو المحال عليه إعلان الدائن بالحوالة إلا بعــد تســجيل عقــد البــيع ، لأنــه رأى أنه لا يتعين العمل على انتقال الدين إلى ذمــة المشــترى إلا مــن وقــت انــتقال ملكية العقار إليه محملة بالرهن الضامن لهــذا الديــن ، فــإذا أعلنــت الحوالــة قــبل التسجيل فلا يكون الإعلان باطلاً ، ولكــن أثــره مــن حيــث بدء سريان الميعاد الذى يجب على الدائن أن يبت خلاله بــرأى يــتأخر إلــى حيــن التســجيل ، فيــبدا الميعاد المذكور من تاريخ التسجيل فقط . ينظر : أ.د سليمان مرقس : فقرة ٣١٧ ص ٦٦٦ – ٦٦٧ .

(٢) ســواء أكــان هــذا الــرفض بــرفض الحوالة صراحة بعد إعلانه بها ، أم بمضى المدة المعقولة بعد الإعلان دون أن يبدى فيها رأياً .

(٣) أ.د السـنهورى : فقــرة ٣٢٢ ص ٥٧٧ ، أ.د عــبد الحــى حجازى : فقرة ١٨٤ ص ١٣١ ، ١٣٢ ، أ.د محمــود جمــال الديــن زكــى : فقرة ١٨٠ ص ١٩٣ ، أ.د ســليمان مــرقس : فقــرة ٣١٦ ص ٦٦٤ – ٦٦٥ ، أ.د عــبد الودود يحيى : ص ١٧٩ وما بعدها .

كثير من المواطن ، ويتضح ذلك مما يأتى :

١- يتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فى اشتراط أن يكون هناك دين للمحال على المحيل إذ بدون هذا الدين لا يتصور وجود الحوالة ، لأنه محلها .[١]

أما بالنسبة لاشتراط أن يكون هناك دين للمحيل (المدين الأصلى) على المحال عليه الذى اشترطه جمهور الفقهاء ، فلم يأخذ به القانون المدنى فتجوز الحوالة فيه سواء أكان المحال عليه مدنيا للمحال أم لا ، جريا على ما ذهب إليه الحنفية .[٢]

٢- إنه فى حالة انعقاد حوالة الدين بين المحيل (المدين الأصلى) والمحال عليه ، فإن القانون المدنى يشترط إقرار الدائن للحوالة حتى تكون نافذة فى حقه ، وهو بهذا يكون موافقاً ما عليه جمهور الفقهاء المسلمين [٣] ، وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً ، وهو نص المادة ٤٤٦ /٢ من المشروع التمهيدى ـ يقرر نفاذ الحوالة فى حق الدائن (المحال) دون حاجة إلى إقرار منه ، طالما كان دينه بعد الحوالة مكفول الوفاء ، وذلك جرياً على ما ذهب إليه الحنابلة من عدم اشتراط رضا المحال إذا كان المحال عليه مليئاً ، ولكن هذا النص حذف [٤] وبالتالى يكون موافقا

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٦ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه جـ ٣ ص ٣٢٥ ، الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع جـ ٢ ص ٤٦ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٣٨٤ ، وأيضاً : .أد عبد الرزاق السنهورى : فقرة ٣١٥ ص ٥٦٦ ، أ.د عبد الودود يحيى : ص ٢٠٨ .

(٢) البحر الرائق جـ ٦ ص ٢٧٤ ، تبيين الحقائق جـ ٤ ص ١٧٣ – ١٧٤ مجلة الأحكام العدلية : المادتان ٦٧٨ – ٦٧٩ ، أ.د عبد الرزاق السنهورى : فقرة ٣١٥ ص ٥٦٧ ، وص ٥٦٣ بالهامش .

(٣) شرح فتح القدير جـ ٦ ص ٣٤٧ ، الشرح الصغير للدردير جـ ٣ ص ١٦٩ ، إعانة الطالبين جـ ٣ ص ٧٥ ، وأيضاً : أ.د عبد الرزاق السنهورى : فقرة ٣١٦ وما بعدها ، أ.د محمود جمال الدين زكى : فقرة ١٧٨ ص ١٩٢ .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٣ ص ٣٤٠ – ٣٤٣ .

رأى جمهور الفقهاء .

٣- فـــى حالـــة انعقاد الحوالة بين الدائن (المحال) والمحال عليه لم يشترط القـــانون رضـــا المحـــيل ، بل تنعقد الحوالة دون رضاه ، وذلك لأنها تتمخض لمنفعته ، إذ يترتب عليها أن تبرأ ذمته من الالتزام ، وهو بهذا يكون موافقاً لرواية الزيادات فى مذهب الحنفية . (١)

هـــــذا : وإذا كان القانون المدنى يتوافق مع الفقه الإسلامى ، فيما تقدم ، إلا أنـــنا نجـــد أن الفقه الإسلامى أدق وأشمل فى معالجته لهذا الموضوع ، ويتضح ذلك مما يأتى :

(أ) أن القانون المدنى يجعل للحوالة صورتين ، فقد تتم الحوالة ــ فى القـــانون المدنى ــ بعقد بين المدين (المحيل) والمحال عليه ، وقد تـــتم باتفـــاق بيـــن الدائن (المحال) والمحال عليه (٢) ، أما الفقه الإســـلامى ــ وبخاصة الفقه الحنفى ــ فيمكن أن تتم الحوالة فيه باتفـــاق بين المحيل والمحال عليه ، أو باتفاق بين المحيل والدائن (المحـــال) أو باتفـــاق بيـــن الدائن (المحال) والمحال عليه (٣) ، وبالـــتالى يكـــون الفقـــه الإسلامى أكثر تنويعاً ، وشمولاً لصور الحوالة .

---

(١) العـــناية علـــى الهدايـــة جـــ ٦ ص ٣٤٧ ، شرح فتح القدير جـ ٦ ص ٣٤٧ ، مجمـــع الأنهـــر جـــ ٢ ص ١٤٧ ، وأيضـــاً : أ.د عبد الرزاق السنهورى : فقرة ٣١٠ ص ٥٦١ ، أ.د محمـــود جمـــال الديـــن زكـــى : فقرة ١٨١ ص ١٩٣ ، أ.د ســـليمان مـــرقس : فقـــرة ٣١٣ ص ٦٥٧ – ٦٥٨ ، أ.د أحمـــد ســـلامة: فقـــرة ١٧٢ ص ٢١٢ .

(٢) أ.د الســـنهورى : فقـــرة ٣١٠ ص ٥٦١ ، أ.د أحمـــد سلامة : الموضع نفسه ، أ.د سليمان مرقس : فقرة ٣١٢ ص ٦٥٧ .

(٣) المـــادة ٦٨١ مـــن مجلـــة الأحكـــام العدلـــية وتـــنص علـــى أنه : (يصح عقد الحوالـــة بيـــن المحـــال لـــــه والمحال عليه) المادة ٦٨٢ : (الحوالة التى اجريت بيـــن المحـــيل والمحـــال له لا تصـــح ولا تتم إلا بعد إعلام المحال عليه وقبوله و والمـــادة ٦٨٣ (الحوالـــة الـــتى أجريـــت بيـــن المحيل والمحال عليه تنعقد موقوفة على قبول المحال له) .

(ب) إن كل ما يشترطه القانون المدنى فى الدين محل الحوالة هو أن يكـــون موجوداً وقت الحوالة[1] ، أما الفقه الإسلامى فقد نوع فى هذه الشروط بالشكل الذى يبعد المعاملة عن الجهالة والغرر [2] ، ويحفظ على الناس حقوقهم .

---

(١) يراجع : فقرة ٦٨٧ من هذه الرسالة .

(٢) يراجع : فقرة ٦٧٥ وما بعدها من هذه الرسالة .

الفصل الثاني

آثار حوالة الدين
فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

ويشتمل على مباحث ثلاثة :

المبحث الأول: آثار حوالة الدين فى علاقة المحيل بالمحال فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى.

المبحث الثانى: آثار حوالة الدين فى علاقة المحال بالمحال عليه فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى.

المبحث الثالث: آثار حوالة الدين فى علاقة المحال عليه بالمحيل فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

الفصل الثاني

آثار حوالة الدين
في الفقه الإسلامي والقانون المدني

إذا تمت الحوالة مستوفية أركانها وشروطها على النحو الذى سبق بيانه فإنها تحدث علاقات متنوعة بين أطرافها الثلاثة – المحيل ، والمحال ، والمحال عليه – وعلى ذلك فينقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول : آثار حوالة الدين فى علاقة المحيل بالمحال فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى.

المبحث الثانى : آثار حوالة الدين فى علاقة المحال بالمحال عليه فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى.

المبحث الثالث : آثار حوالة الدين فى علاقة المحال عليه بالمحيل فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

المبحث الأول

آثار حوالة الدين فى علاقة المحيل بالمحال
فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٦٩٦- ويشتمل على مطلبين :

المطلب الأول : آثار حوالة الدين فى علاقة المحيل بالمحال فى الفقه الإسلامى.

المطلب الثانى : آثار حوالة الدين فى علاقة المحيل بالمحال فى القانون المدنى .

* المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى

المطلب الأول

آثار حوالة الدين فى علاقة المحيل بالمحال فى الفقه الإسلامى

٦٩٧- إذا تمت الحوالة بأركانها وشروطها فهل يتحول الدين عن المدين(المحيل) بحيث تبرأ ذمته منه ، أم أن ذمته لا تبرأ من الدين وإنما تبرأ من المطالبة فقط ؟ أم أن الحوالة لا تؤدى إلى براءة المدين لا من الدين ولا من المطالبة ؟

وإذا قلنا ببراءة ذمة المدين (المحيل) فى مواجهة المحال من الدين فهل هذه البراءة براءة مطلقة بحيث لا يحق للمحال أن يرجع بالدين على المحيل فى أى ظرف من الظروف حتى ولو تعذر عليه استيفاء الدين من المحال عليه ؟ أم أنها مقيدة بسلامة حق المحال فى اقتضاء حقه من المحال عليه ؟

سأقوم – فى هذا المطلب – بالإجابة عن هذين السؤالين مخصصاً لكل منهما فرعاً مستقلاً وذلك على النحو التالى:

الفرع الأول : ما الذى يبرأ منه المحيل بسبب الحوالة ؟

الفرع الثانى : مدى أحقية المحال فى الرجوع على المحيل عند تعذر الاستيفاء من المحال عليه .

الفرع الأول

ما الذى يبرأ منه المحيل بسبب الحوالة

٦٩٨- اختلف الفقهاء فيما يبرأ منه المحيل بسبب الحوالة على ثلاثة آراء :

٦٩٩- **الرأى الأول** :

وهو ما ذهب إليه جماهير أهل العلم مهم جمهور الحنفية[1] ،

(١) شرح فتح القدير جـ٦، ص٣٤٧ وفيه : (إذا تمت الحوالة بالقبول برئ المحيل من الدين ، هذا قول طائفة من المشايخ ، وهو المصحح فى المذهب ..) وأيضا تبين الحقائق وحاشية الشلبى عليه جـ٤، ص١٧١ ، مجمع الأنهر جـ٢ ،ص١٤٧ ، الاختيار لتعليل المختار جـ٣ ، ص٣ وهذا الرأى هو ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية حيث عرفت الحوالة فى المادة ٦٧٣ بقولها: (الحوالة نقل الدين من ذمة إلى ذمة أخرى) .

والمالكـية [1] والشـافعية[2] ، والحنابلة [3] ، والظاهرية [4] ، والزيدية [5] ، والإمامية [6] والراجح عند الإباضية [7]ويرون أن الحوالة إذا تمت مستجمعة أركانها وشروطها برئت ذمة المحيل في مواجهة المحال من الدين والمطالبة به ، وممن ذهب إلى ذلك: الليث بن سعد ، وأبو عبيد ، وابن المنذر[8] .

٧٠٠- الـرأي الثاني :

وهـو منسوب للإمام محمد بن الحسن [9] – رحمه الله – ويرى أن

---

(١) مواهـب الجلـيل للحطـاب جـ٥ ، ٩٤، الشرح الكبير للدردير جـ٣، ص٣٢٨ وفـيه: (.. ويـتحول بمجـرد عقـد الحوالـة حـق المحال على المحال عليه ..) وأيضـا : الشـرح الصـغير للدرديـر جـ٣ ، ص١٧٠ ، البهجة شرح التحفة جـ٢، ص٥٨.

(٢) روضـة الطالبيـن جـ٤، ص٢٣١-٢٣٢ ، الإقـناع فـي حل ألفاظ أبي شجاع جـ٢ ، ص٤٨ وقـد جـاء فـيه: (وتـبرأ بها – أي الحوالة الصحيحة – ذمة المحـيل عـن ديـن المحـتال ويسـقط دينه عن المحال عليه ..) وأيضا: إعانة الطالبين جـ٣، ص٧٥.

(٣) المغـني لابـن قدامـة جـ٥، ص٥٨ رقم ٣٥٥٨ وفيه: (فإذا اجتمعت شروط الحوالـة وصـحت ، برئـت ذمـة المحيل في قول عامة الفقهاء) وأيضا: كشاف القناع جـ ٣ ، ص٣٨٣ ، شرح منتهى الارادات جـ٢، ص٢٥٦.

(٤)المحلى لابن حزم جـ٨ ، ص١٠٨ رقم ١٢٢٦.

(٥) البحر الزخارجـ٥، ص٦٨.

(٦) جواهـر الكـلام جـ ٢٦، ص١٦٣ وفـيه: (.. مـع تحققهـا جامعـة للشرائط يـتحول المـال إلـى ذمـة المحـال علـيه) وأيضـا: جامع المقاصد في شرح القواعـد جـ ٥ ، ص٣٦٠ ، الحدائـق الناضـرة فـي أحكـام العترة الطاهرة جـ ٢١،ص٥٠.

(٧) كـتاب النـيل وشـفاء العلـيل جـ ٩ ، ص٣٩٩-٤٠٠ وفيه: (وإن وقعت على شرطها برئ المحيل من الدين ..).

(٨) المغني لابن قدامة جـ ٥ ، ص٥٨ رقم ٣٥٥٨.

(٩) **محمـد بـن الحسـن :** هـو الإمـام محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني ، أبو عبد الله ، الفقـيه الأصـولي ، تلمـيذ الإمـام أبو حنيفة ، وصاحبه ، وناشر علمه وهو أكـثر الحنفـية تفـريعاً ، قـال عـنه الشـافعي : (مـا رأيت أفصح منه كنت إذا رأيـته يقـرأ ، كـأن القـرآن نـزل بلغته) ولي القضاء للرشيد ، توفي – رحمه الله – سـنة ١٨٩هـ . يـنظر : تـاريخ بغـداد جـ ٥ ص ١٧٢ ، وفـيات الأعيان جـ ٤ ص ١٨٤ .

الحوالة إذا تمت مستجمعة شروطها وأركانها برئت ذمة المحيل من المطالبة فقط ، دون أصل الدين[1] .

٧٠١- **الرأى الثالث :**

وهـو مـا ذهـب إليه الإمام زفر[2] – رحمه الله – وهو قول عند الإباضية [3] ويرون أن الحوالة لا تؤدى إلى براءة ذمة المحيل لا من الدين ولا من المطالبة به.

٧٠٢- **الأدلـة** :

٧٠٣- **أولاً** : **دليـل الـرأى الأول** :

استدل أصحاب الرأى الأول على ما ذهبوا إليه من أن الحوالة تؤدى إلـى بـراءة ذمة المحيل من الدين فى مواجهة المحال بأن الأحكام الشرعية تثبـت علـى وفق المعانى اللغوية فمعنى الحوالة هو النقل والتحويل وهو لا يتحقق إلا بفراغ ذمة المحيل لأن الدين إذا انتقل إلى ذمة المحال عليه لا يبقى فى ذمة المحيل ضرورة ألا يوجد الشئ الواحد فى محليين مختلفين فى وقت واحـد .[4]

٧٠٤ - **ثانياً** : **دليـل الـرأى الثانى** :

اسـتدل أصحاب الرأى الثانى على ما ذهبوا إليه من أن الحوالة إذا

---

(١) بدائـع الصـنائع جـ ٦ ، ص١٧، ١٨ ، شـرح فـتح القدير جـ ٦، ص٣٤٧ وفـيه: (... وقـول طائفـة أخـرى لا يـبرأ إلا مـن المطالبة فقط ..) وأيضا: العناية على الهداية جـ ٦ ، ص٣٤٧.

(٢) شـرح فـتح القديـر جـ ٦ ، ص٣٤٧ وفـيه: (.. وقـال زفـر: لا يـبرأ من المطالـبة أيضـا..) وأيضـا: العـناية على الهداية جـ٦،ص٣٤٨ وتبين الحقائق وحاشـية الشـلبى علـيه جـ٤ ،ص ١٧١ ، هذا ويقترب من قول زفر- رحمه الله- مـا قـال بـه الحسـن البصرى – رحمه الله – من أنه كان لا يرى البراءة مـن الديـن إلا أن يـبرئه المحـتال يـنظر : المغـنى لابن قدامة جـ٥، ص٥٨ رقـم ٣٥٥٨ ومـا قـال بـه أيضـا بعض الامامية ينظر: جامع المقاصد جـ٥ ، ص٣٦٠، الحدائق الناضرة جـ٢١ ، ص٥٠.

(٣) شرح كتاب النيل وشفاء العليل جـ٩ ، ص٤٠١ وفيه (وقيل:الحوالة كالحمالة يأخذ المحال دينه من أيهما شاء..)

(٤) شرح فتح القدير جـ٦ ،ص ٣٤٩.

تمـت مستجمعة أركانها وشروطها فإن المحيل لا يبرأ من أصل الدين وإنما يبرأ من المطالبة فقط ، أقول : استدلوا على ذلك ببعض الفروع الواردة عن الإمام محمد – رحمه الله – تقتضي ذلك منها :

١ – إن المحـيل إذا قام بدفع الدين إلى المحال بعد الحوالة وقبل أن يقبضه المحـال مـن المحـال عليه فإن المحال – والحالة هذه – يجبر على قبوله ولـو كـان أصـل الدين قد انتقل من المحيل إلى المحال عليه لكان المحيل متبرعا ولما أجبر المحال على القبول لأن الإنسان لا يجبر على قبول التبرع من أحـد .

٢ – إن المحـال إذا أبـرأ المحال عليه فرد الإبراء لا يرتد برده ، ولو كان أصـل الدين قد انتقل إلى ذمة المحال عليه لوجب أن يرتد برده كما لو أبرأ الدائن المحيل قبل الحوالة .

٣ – إن المحال إذا وكل المحيل بقبض مال الحوالة من المحال عليه لا يصح ، ولو كان الدين قد انتقل إلى ذمة المحال عليه وبرئت منه ذمة المحيل لكان أجنبياً عن الدين وصح توكيله بقبضه .[١]

<u>٧٠٥</u>– **مناقشة هذا الدليل** : ويمكن مناقشة هذا الدليل من وجهين:

الوجـه الأول : إن الاسـتدلال بهـذه الفروع الواردة عن الإمام محمد – رحمـه الله تعالى – على أن الدين لم ينتقل من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه إنما هو استدلال فيه نظر وذلك لما يأتى:

١ – إن الفرع الأول يمكن أن يناقش الاستدلال به بأن دفع المحيل الدين إلى المحال قبل أن يقبضه من المحال عليه ليس من باب التبرع المحض بل هو قضاء لدين يدفع المحيل به عن نفسه خطر الرجوع عليه إذا هلك الدين عند المحال عليه .[٢]

٢ – كمـا أن الفرع الثانى يمكن مناقشته بأن براءة ذمة المحال عليه ليست

---

(١) العـناية علـى الهدايـة جـ٦ ، ص٣٤٨، شرح القدير جـ٦، ص٣٤٨، الكناية على الهداية جـ٦، ص٣٤٩.

(٢) العـناية علـى الهدايـة جـ٦ ، ص٣٤٩، الكناية على الهداية جـ٦ ، ص٣٤٩-٣٥٠.

حقا خالصا له بل فيها حق للمحيل ؛ لأن ذمة المحال عليه إذا بقيت مشغولة بالدين كان المحيل على خطر الرجوع عليه إذا هلك الدين ، وإذا كان المحال عليه يملك إسقاط حق نفسه فهو لا يملك التنازل عن حق غيره .[1]

٣ – وأخيرا يمكن مناقشة الفرع الثالث بأن توكيل المحيل بقبض الدين من المحال عليه يعود على الحوالة بالنقض لأنه يعيد الدين إلى ذمة المحيل إذا قبضه من المحال عليه فيكون التصرف أشبهه باللهو واللعب .[2]

الوجـــه الــثاني : إن هذه الفروع الواردة عن الإمام – محمد – رحمه الله تعــالى – على فرض دلالتها على عدم انتقال الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحيل عليه ، فإنها معارضة بفروع أخرى واردة عن الإمام محمد – أيضا – تدل على أن الحوالة يترتب عليها براءة ذمة المحيل من الدين وانتقاله إلى ذمة المحال عليه ، من هذه الفروع :

١ – ما روى عن محمد – رحمه الله – أن المحال إذا وهب الدين للمحيل ، أو أبــرأه منه بعد الحوالة لا تصح هبته ، ولا إبراؤه،ولو بقى الدين فى ذمة المحيل لوجب أن تصح .

٢ – لــو أبــرأ المحال المحال عليه من الدين ، أو وهبه له ، صح الإبراء والهــبة وهــذا يقتضــى تحول الدين إلى ذمة المحال عليه وبراءة ذمة المحيل منه .[3]

٣ – مــا صرح به محمد – رحمه الله – من أن المطلوب (المدين) لو أحال طالبه (الدائن) على غريمه مقيدا بماله عليه برئ المحيل[4] . وغيرها.

ولا شــك أن الدليليــن إذا تعارضــا تســاقطا ، ويبقى ما استدل به أصحاب الرأى الأول يدل على ما ذهبوا إليه .

---

(١) الأستاذ الشيخ على حسب الله : الولاية على المال والتعامل بالدين ص ١١٩.

(٢) الأستاذ الشيخ على حسب الله ، المرجع السابق ص ١١٩.

(٣) العــناية علــى الهدايــة جـــ٦ ، ٣٤٧-٣٤٨ ، شــرح فــتح القديــر جـــ٦ ، ص ٣٤٨.

(٤) الكفاية على الهداية جـ٦ ، ص٣٤٨.

٧٠٦- ثالثاً : دليل الرأى الثالث :

استدل الإمام زفر – رحمه الله – على ما ذهب إليه من أن الحوالة لا يترتب عليها براءة ذمة المحيل لا من أصل الدين ولا من المطالبة به بالقياس على الكفالة ، بجامع أن كلا منهما عقد توثق ، فلا ينتقل فيها دين ، ولا مطالبة بل يتحقق فيها الاشتراك فى المطالبة كما أن عدم الانتقال أدخل فى معنى التوثيق ؛ إذ يصير له مكنة أن يطالب كلا منهما .(١)

٧٠٧- مناقشة هذا الدليل : ويمكن مناقشة هذا الدليل من وجهين:

الوجه الأول : إن قياس الحوالة على الكفالة إنما هو قياس مع الفارق ووجه الفرق أن الحوالة مأخوذة من النقل والتحويل فوجب فيها نقل الدين والدين إذا انتقل عن الذمة لا يبقى فيها بخلاف الكفالة فإنها مأخوذة من الضم فتقتضى أن يكون موجبها ضم الذمة إلى الذمة.(٢)

الوجه الثانى : سلمنا أن الحوالة عقد توثق كالكفالة ، ولكن التوثق فى كل منهما يختلف عن الآخر ، ذلك أن التوثق فى الكفالة يكون بضم ذمة الكفيل إلى ذمة المكفول عنه أما فى الحوالة فإن التوثق إنما يكون باختيار الأملأ والأيسر فى القضاء فيكتفى به .(٣)

٧٠٨- الترجيح :

بعد عرض آراء الفقهاء فى هذه المسألة وأدلتهم ومناقشة ما استدل به أصحاب الرأيين الثانى والثالث ، يتضح أن ما ذهب إليه أصحاب الرأى الأول من أن الحوالة تؤدى إلى نقل الدين من ذمة المحيل وبراءة ذمته فى مواجهة المحال هو الراجح وذلك لقوة أدلتهم(٤) وسلامتها من المعارضة ، ولأن هذا الرأى هو الذى يناسب معنى الحوالة .

---

(١) شرح فتح القدير جـ٦ ، ص٣٤٩، تبين الحقائق جـ٤ ،ص ١٧١.

(٢) شرح فتح القدير جـ٦ ، ص٣٤٩، العناية على الهداية جـ٦ ، ص٣٤٨، الاختيار فى تعليل المختار جـ٣ ، ص٤ ، مجمع الأنهر جـ٢ ،ص ١٤٧.

(٣) شرح فتح القدير الموضع نفسه ، العناية على الهداية جـ٦ ، ص٣٤٩.

(٤) أستاذنا الدكتور حسين عبد المجيد : المرجع السابق ص ٨٤.

الفـرع الثـانى
مـدى أحقيـة المحـال فـى الرجـوع عـلى المحـيل عنـد تعـذر الاسـتيفاء مـن المحال عليـه

٧٠٩- تمهـيد وتقسـيم :

إذا كـان الـراجح فـى الفقه الإسلامى كما سبق تقريره أن الحوالة يترتب عليها انتقال الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، وبراءة ذمة المحـيل من هذا الدين إلا إنه يثور التساؤل عما إذا كانت هذه البراءة براءة مطلقة بحيث لا يحق للمحال الرجوع على المحيل بالدين حتى ولو تعذر عليه استيفاء الدين من المحال عليه لأى سبب من الأسباب كفلس المحال عليه أو ، موتـه ، أو مطله أم أن هذه البراءة براءة مقيدة بسلامة حق المحال بحيث يحـق للمحـال أن يرجع على المحيل بالدين إذا ما تعذر حصوله عليه من المحال عليه لأى سبب من الأسباب ؟

يفـرق الفقهاء فى هذا الشأن بين ما إذا كان تعذر الاستيفاء قد حدث بعـد تمـام الحوالـة وبين ما إذا كان قد حدث قبلها وسأعالج كلا من هذين الفرضين فى غصن مستقل ثم أتبعهما بغصن ثالث وسأتناول فيه مدى أحقية المحـال فى الرجوع على المحيل إذا اشترط عليه يسار المحال عليه ثم تبين له إعساره وذلك على النحو التالى:

الغصن الأول : حصول سبب تعذر الاستيفاء بعد الحوالة.

الغصن الثانى : حصول سبب تعذر الاستيفاء قبل الحوالة.

الغصـن الثالـث : مدى أحقية المحال فى الرجوع على المحيل إذا اشترط عليه يسار المحال عليه .

الفصل الأول

مدى أحقية المحال فى الرجوع على المحيل إذا حصل سبب تعذر الاستيفاء بعد الحوالة

٧١٠ - إذا أحال المدين (المحيل) الدائن (المحال) بالدين على المحال عليه ، ثم بعد ذلك تعذر على المحال استيفاء الدين من المحال عليه لفلسه أو موته ، أو مطله ، وكان هذا الفلس أو الموت أو المطل قد حدث بعد الحوالة فقد اختلف الفقهاء فى مدى أحقية المحال فى الرجوع على المحيل فى هذه الحالة على رأيين :

٧١١ **الرأى الأول :**

وهو ما ذهب إليه جمهور العلماء من المالكية [(١)] ، والشافعية [(٢)] وبعض الحنابلة [(٣)] ، والظاهرية [(٤)] ، والزيدية [(٥)] ، والقول الأصح عند

---

(١) مواهب الجليل جـ ٥ ، ص٩٥ ، البهجة شرح التحفة جـ ٢ ، ص ٥٨ ، الشرح الكبير جـ ٣ ، ص٣٢٨ وفيه:(ويتحول بمجرد عقد الحوالة حق المحال على المحال عليه ، وإن أفلس أو جحد المحال عليه الحق بعد عقد الحوالة) .

(٢) الأم للإمام الشافعى جـ٧ ، ص٢٨٠ رقم ١٠٤٩٧ وفيه: (.. أخبرنا الشافعى إملاءً قال: والقول عندنا- والله تعالى أعلم- ما قال مالك بن أنس : إن الرجل إذا أحال الرجل على الرجل بحق له ، ثم أفلس المحال عليه أو مات لم يرجع المحال على المحيل أبداً) وأيضا: روضة الطالبين جـ٤ ، ص٢٣٢ ، مغنى المحتاج جـ٢ ، ص١٩٦،١٩٥.

(٣) المغنى لابن قدامة جـ٥ ، ص٥٩ رقم ٣٥٥٨ وفيه: (فمتى رضى بها المحتال ولم يشترط اليسار لم يعد الحق إلى المحيل أبدا) وأيضا الكافى لابن قدامة جـ٢ ، ص٢١١ ، كشاف القناع جـ٣ ، ص٣٨٣ ، شرح منتهى الإرادات جـ٢ ، ص٢٥٧.

(٤) المحلى لابن حزم جـ٨ ، ص١٠٨ رقم ١٢٢٦ وفيه (..ولا رجوع للذى أحيل على الذى أحاله بشئ من ذلك الحق انتصف ، أو لم ينتصف أعسر المحال عليه إثر الإحالة عليه ، أم لم يعسر ..) .

(٥) البحر الزخار جـ٥ ، ص٦٨ وفيه (ولا يرجع على المحيل إن أفلس المحال عليه أو جحد بعد الإقرار ولا بينة) .

الإمامـــية [١] والـــراجح عند الأباضية [٢] ويرون أنه إذا تعذر على المحال اســـتيفاء الدين من المحال عليه بسبب فلس المحال عليه أو موته أو مطله أو غـــير ذلـــك مـــن الأسباب وكان هذا السبب قد حدث بعد الحوالة ، فلا يحق للمحال الرجوع على المحيل فى هذه الحالة .

٧١٢- **الـــرأى الثانـــى :** وهـــو مـــا ذهـــب إليـــه الحســـن البصـــرى وشـــريـــح [٣] ، والشـــعبـــى [٤] ، والـــنخعـــى[٥] والحنفية[٦] ، وأحمـــد فى

---

(١) جواهـــر الكـــلام جـــ٢٦، ص١٦٣ وفـــيه (و.. مع تحققها جامعة للشرائط يتحول المـــال إلـــى ذمـــة المحـــال علـــيه .. ويـــبرأ المحـــيل وإن لم يبرئه المحتال على الأظهـــر .. لظهـــور عـــدم الـــرجوع فـــى خـــبر أبى أيوب : سألت أبا عبد الله – علـــيه الســـلام – عـــن الـــرجل يحيل الرجل بالمال أيرجع عليه ؟ قال : لا يرجع عليه أبدا إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك.

(٢) كـــتاب النـــيل وشـــفاء العلـــيل جـــ٩ ، ص٣٩٩-٤٠٠ وفـــيه: (إن وقعت على شرطها برئ المحيل من الدين ولو مات المحال عليه ، أو أفلس).

(٣) **القاضـــى شـــريح :** هـــو القاضـــى الفقـــيه أبـــو أمـــية شريح بن الحارث بن قيس الكـــندى قاضـــى الكوفـــة ، كـــان قائفـــاً عائفـــاً ، ضرب للقضاء أروع الأمثلة فى الـــورع والعفـــة ، والفطـــنة ــ والخـــوف مـــن الله ــ توفـــى ــ رحمه الله ــ سنة ٧٨هـــ ، حلـــية الأولـــياء جـــ ٤ ص ١٣٢ ، وفيات الأعيان جـ ٢ ص ٤٦٠ وما بعدها ، شذرات الذهب جـ ١ ص ٨٥ الأعلام جـ ٣ ص ١٦١ .

(٤) **الشـــعبى :** هـــو الإمـــام عامـــر بـــن شـــراحيل ، الكوفـــى سمع عليه أبو حنيفة الحديـــث ، وكـــان يضـــرب المـــثل بحفظـــه ، ولد ونشـــا ومات بالكوفة ، اتصل بعـــبد الملـــك بـــن مـــروان ، فكان نديمه وسميره ، وكان رسوله إلى ملك الروم ، ســـئل عمـــا بلـــغ إلـــيه حفظـــه ، فقـــال : (ما كتبت سوداء فى بيضاء ولا حدثنى رجـــل بحديـــث إلا حفظـــته) توفـــى ــ رحمه الله ــ سنة ١٠٣هــ . ينظر : حلية الأولـــياء جـــ ٤ ص ٣١٠ ، تهذيـــب التهذيـــب جـــ ٥ ص ٦٥ ، الأعـــلام جـ ٣ ص ٢٥١ .

(٥) المغـــنى لابـــن قدامـــة جـــ٥، ص ٥٩ رقـــم ٣٥٥٨ ، المحلى لابن حزم جـ٨ ، ص١٠٩ رقـــم ١٢٢٦ ، الجوهـــر الـــنقى جـــ٦ ، ص٧١ وهـــو مطـــبوع أسفل كـــتاب الســـنن الكـــبرى للبـــيهقى طبعة دارا لمعرفة بيروت سنة ١٤١٣هـ١٩٩٢م مصـــنف عـــبد الـــرزاق جـــ ٨ ، ص٢٦٩-٢٧٠ رقـــم ١٥١٧٨ ، ١٥١٧٩ ، ١٥١٨٠ ، ١٥١٨١.

(٦) يـــرى الحنفـــية أن المحـــال يـــرجع علـــى المحيل إذا توى حقه ، والتوى عند أبى حنـــيفة أحـــد أمريـــن: إمـــا أن يجحد المحال عليه الحوالة ويحلف ولا بينة عليه ، وإمـــا أن يمـــوت مفلســـا ، وقـــال الصـــاحبان : يحصـــل بأمر ثالث هو أن ===

روايــة [١] ، والإمامــية فــى قول عندهم [٢] ، والإباضية فى قول عندهم[٣] ويــرون أنه إذا تعذر على المحال استيفاء الدين من المحال عليه بسبب فلسه أو موته أو مطله كان من حق المحال الرجوع بالدين على المحيل.

٧١٣- الأدلــة :

٧١٤- أولاً : أدلــة الــرأى الأول :

استدل أصحاب الرأى الأول على ما ذهبوا إليه من عدم جواز رجوع المحــال على المحيل إذا ما تعذر عليه الحصول على حقه من المحال عليه بســبب حــادث بعــد الحوالــة ، أقول: استدلوا على ذلك بالسنة ، والأثر ، والمعقول :

٧١٥- ١ - **مــن الســنة :** ما روى عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال : " مطل الغنى ظلم ، وإذا اتبع أحدكم على ملئ فليتبع " [٤] .

وجــه الاســتدلال من الحديث : يستدل بهذا الحديث على عدم جواز رجوع المحال على المحيل فى هذه الحالة من وجهين:

الوجــه الأول : إن رسول الله ﷺ قد أمر بإتباع المحال عليه فلا يجوز إتباع غــيره وفــى رجوع المحال على المحيل فى هذه الحالة اتباع لغير المحال عليه وهو خلاف ما أمر به رسول الله ﷺ .[٥]

الوجــه الثــانى :إنه لو كان للمحال الحق فى الرجوع على المحيل لما كان

=== يحكــم الحــاكم بإفلاســه فــى حياته : ينظر : شرح فتح القدير جــ٦ ، ص ٣٥١ ، ٣٥٢ ، العــناية علــى الهدايــة جـــ٦ ، ص٣٥١، ٣٥٢ ، البحر الرائق جـــ٦ ، ص٢٧٢ ، تبيــن الحقــائق جــ٤،ص١٧٢ ، مجمــع الأنهــر حــ٢ ، ص١٤٨.

(١) الكافى فى فقه الإمام أحمد جـ ٢، ص٢٢٢، الإنصاف جـ٥ ، ص٢٢٨.

(٢) جواهــر الكــلام جـــ٢٦، ص١٦٣، الحدائــق الناضرة فى أحكام العترة الطاهرة جــ٢١ ، ص٥٠ ،٥١.

(٣) شــرح كــتاب النــيل جـــ٩ ، ص٤٠٠ وفيه : (.. وفى التاج: قال أبو عبد الله : من له دين على رجل فأحاله على آخر فأفلس فله أن يرجع به على الأول..)

(٤) سبق تخريجه فقرة ١٩٠ من هذه الرسالة.

(٥) أسنى المطالب جـ٢ ، ص٢٣٢ ، المحلى لابن حزم جـ٨ ، ص١٠٨ رقم ١٢٢٦ ، الحاوى الكبير الماوردى جـ٦ ، ص٤٢١.

لشـــرط الملاءة فائدة لأنه إن لم يصل إلى حقه رجع به ، فلما شرط المـــلاءة علـــم أن الحق قد انتقل بالحوالة انتقالا لا رجوع لـــه به فاشتراط الملاءة حراسة لحقه . [1]

٧١٦- ٢ – **مـن الأثـــر** : ما روى أن حزنا[2] جد سعيد بن المسيب كان لـــه علـــى عليّ بن أبى طالب ﷺ دين فأحاله به على إنسان ، فمات المحال عليه فـــرجع حزن إلى عليّ ﷺ وقال: قد مات من أحلتنى عليه ، فقال على : قد اخترت علينا غيرنا أبعدك الله ولم يعطه شيئا " [3] .

وجه الاستدلال من هذا الأثر : إن سيدنا علياً ﷺ قد أبعد حزنا بمجرد احتياله ولم يخبره أن له الرجوع ولو كان له الرجوع لما استجاز على – رضى الله عنه – أن يمنعه منه .[4]

٧١٧- ٣ – **مـن المعقـول** : واستدلوا بالمعقول من ثلاثة أوجه :-

الأول : إن الأحكـــام الشرعية تثبت على وفق المعانى اللغوية ومعنى الحوالة

---

(١) الحـــاوى الكبـــير للمـــاوردى جـــ٦ ، ص٤٢١، العزيز شرح الوجيزجـــ٥ ، ص ١٣٢، أسنى المطالب جـ٢، ص٢٣٢.

(٢) حـــزن : هـــو حـــزن بـــن أبى وهب بن عمرو بن عائذ المخزومى ، جد سعيد بن المســـيب ســـماه النـــبى ﷺ ســـهلا ، أســـلم يوم الفتح شهد اليمامة واستشهد فيها ، وقـــيل : استشـــهد يـــوم بـــزاخة ، وهى ماء بأرض نجد ، أول خلافة أبى بكر فى قـــتال أهـــل الـــردة يـــنظر: أسد الغابة لابن الأثير جـ٢ ، ص٤ ط دار الشعب ، الإصابة فى تمييز الصحابة لابن حجر جـ١ ، ص٣٢٥.

(٣) لـــم أقـــف علـــى تخـــريج هذا الأثر فى كتب الآثار ولكن وجدته فى : المغنى لابن قدامـــة جـــ٥ ، ص٥٩رقـــم ٣٥٥٨ المـــبدع فى شرح المقنع جـ٤ ، ص٢٧١ ، كمـــا أخـــرجه ابـــن حـــزم عن طريق حماد بن سلمه عن محمد بن اسحاق عن علـــى بـــن عبـــيد الله عـــن ســـعيد بـــن المســـيب أنه كان لأبيه المسيب دين على إنســـان ألفـــا درهـــم ولـــرجل أخـــر على على بن أبى طالب ألفا درهم فقال ذلك الـــرجل للمســـيب: أنـــا أحـــيلك على عليّ وأحلنى أنت على فلان ففعلا، فانتصف المســـيب مـــن علـــى وتلـــف مـــال الذى أحاله المسيب عليه فأخبر المسيب بذلك علـــى بـــن أبـــى طالـــب فقـــال لـــــه على : أبعده الله) ينظر : المحلى جـ٨ ، ص١٠٩-١١٠ رقم ١٢٢٦.

(٤) المغنى لابن قدامة جـ٥ ، ص ٥٩ رقم ٣٥٥٨.

الـــذى هـــو النقل والتحويل لا يتحقق إلا بفراغ ذمة الأصيل لأن الدين متى انتقل من ذمة لا يبقى فيها [1] ولا يجوز أن يعود إلى الذمة الأولى إلا بمثل ما انتقل به .

الثانى : قياس فلس المحال عليه أو موته على هلاك البيع بعد القبض[2] فكما لا يـــرجع المشـــترى علـــى البائع إذا هلك المبيع بعد القبض لا يرجع المحال على المحيل إذا أفلس المحال عليه أو مات لعدم الفارق.

الثالـــث : إن الحوالة براءة من دين ليس فيها قبض ممن عليه ولا ممن يدفع عنه فلم يكن فيها رجوع كما لو أبرأه من الدين .[3]

٧١٨- **ثانياً : أدلة الـرأى الثـانى** :

اســـتدل أصـــحاب الرأى الثانى على ما ذهبوا إليه من جواز رجوع المحال على المحيل إذا ما تعذر عليه الحصول على حقه من المحال عليه ، بالأثر ، والمعقول :

٧١٩ - ١ - **مـــن الأثــــر** : ما روى عن سيدنا عثمان بن عفان ﷺ أنه سئل عـــن رجل أحيل بحقه فمات المحال عليه مفلساً فقال : " يرجع بحقه لا توى على مال امرئ مسلم " [4] .

وجـــه الاســـتدلال من هذا الأثر : إن سيدنا عثمان بن عفان ﷺ قد قرر فى حالـــة التوى (الهلاك) أن المحال يرجع على المحيل ، فيكون ذلك دليلاً على المدعى لأن قول الصحابى حجة .

مناقشة الاستدلال بهذا الأثر: ويمكن مناقشة الاستدلال بهذا الأثر من وجوه :

الوجــــه الأول : إن هـــذا الأثـــر من رواية خليد بن جعفر[5]عن أبى إياس

---

(١) شـــرح فـــتح القديـــر جــــ٦ ، ص٣٤٩ ، تكملـــة المجمـــوع للمطـــيعى جـــ١٣، ٤٣٤ ، ٣٥ .

(٢) التهذيـــب فـــى فقـــه الإمـــام الشـــافعى للـــبغوى جـــ ٤ ، ص١٦٣، إعانة الطالبين جـ٣، ص٧٥ ، الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع جـ٢، ص٤٨ ، ٤٩.

(٣) المغنى لابن قدامة جـ٥،ص ٥٩ رقم ٣٥٥٨.

(٤) السنن الكبرى للبيهقى جـ٦ ، ص٧١.

(٥) خلـــيد بـــن جعفـــر: هـــو خليد بن جعفر بن طريف الحنفى أبو سليمان ، حدث عنه شـــعبة بـــن الحجـــاج فقـــال عـــنه: حدثنى خليد بن جعفر وكان من أصدق الناس وأشـــدهم اتقـــاء وقـــال أبـــو حـــاتم: صـــدوق ، وقال أحمد: أحاديثه حسان ===

معاويـــة بـــن قرة [1] ، وخليد بن جعفر هذا مجهول ، وعلى فرض أنه غير مجهـــول ، فـــإن هذا الأثر إنما هو أثر منقطع لأن معاوية بن قرة لم يدرك سيدنا عثمان ، ولا كان فى زمانه[2] والحديث المنقطع غير لازم[3].

الجـــواب عن هذا الوجه : ويجاب عن هذا الوجه بأن خليد بن جعفر قال فيه ابـــن حجر: إنه صدوق ، لم يثبت أن ابن معين ضعفه ، وقد وثقه ابن حبان والنسائى وروى له مسلم[4] كما أن القول بأن معاوية بن قرة لم يدرك عثمان ولا كـــان فـــى زمانـــه قول غير مسلم ، وذلك لأن ابن سعد عده فى الطبقة الثانية[5] وحكى أنه توفى سنة ثلاث عشرة ومائة ، وروى عن يحيى وغيره أنه بلغ ستا وتسعين سنة فعلى هذا يكون معاوية قد ولد سنة سبع عشرة فكيف لم يكن فى زمن عثمان ؟ [6]

الوجـــه الثانى : إن قول عثمان ﷺ " لا توى على مال مسلم " يحتمل أنه لا تـــوى علـــى مال المحيل ، ويحتمل أنه لا توى على مال المحتال ، واستعمال أحد الاستعمالين ليس بأولى من الآخر[7] والأثر إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال [8] .

--- وذكـــره ابـــن حـــبان فـــى الـــثقات ، وقـــال النسائى فى كتاب الكنى :ثقة ، ينظر تهذيب التهذيب جـــ٣ ، ص١٥٧.

(١) معاويـــة بـــن قـــرة: هـــو أبو إياس معاوية بن قرة بن هلال المزنى ، من التابعين ، ثقـــة عـــالم ثبـــت حـــدث عن عدد من الصحابة منهم : على وأبو هريرة ، وابن عمـــر – رضـــى الله عـــنهم – توفـــى – رحمـــه الله ســـنة ١١٣هـــ ينظر سير أعـــلام النـــبلاء جـــ٥ ،ص١٥٣ الجـــرح والتعديل جـــ٨ ، ص ٣٧٨ طبعة دار الكتب العلمية.

(٢) ســـنن البـــيهقى جـــ٦ ، ص ٧١ ، معـــرفة السنن والآثار عن الإمام أبى عبد الله محمـــد بـــن ادريـــس الشـــافعى للإمـــام البـــيهقى جـــ٤ ،ص٤٧١ طبعة دار الكتب العلمية الطبعة الأولى سنة ١٤١٢هـــ-١٩٩١م.

(٣) الحاوى الكبير جـــ٦ ، ص٤٢٢.

(٤) تقريب التهذيب جـــ١ ، ص٢٧٢، ميزان الاعتدال جـــ١ ، ص٦٥٥.

(٥) طبقات ابن سعد جـــ٧ ، ص٢٢١، طبعة دار صادر – بيروت.

(٦) الجوهر النقى على البيهقى جـــ٦ ، ص٧١.

(٧) الحاوى الكبير للماوردى جـــ٦ ، ص٤٢٢ .

(٨) أستاذنا الدكتور حسين عبد المجيد السابق ص ٩٢ .

الوجـه الثالث : إن أثر عثمان ﷺ إنما هو رأى صحابى خالفه اثر على ﷺ وهو اقوى منه فلا يحتج به .[1]

٧٢٠- ٢ - **مـن المعقـول** : استدل أصحاب الرأى الثانى على ما ذهبوا إليه من جـواز رجوع المحال على المحيل إذا ما تعذر عليه الحصول على حقه من المحال عليه بالمعقول من وجوه :

الوجـه الأول : إن الحقوق المستقرة فى الذمم قد تنتقل تارة إلى ذمة أخرى بالحوالة وتارة إلى عين بالمعاوضة ، فلما كان تلف العين قبل قبضها يوجب عود الحق إلى الذمة الأولى وجب أن يكون تلف الذمة قبل قبض الحق منها يوجب عود الحق إلى الذمة الأولى [2] .

مناقشة هذا الوجه : ويناقش هذا بأن الحوالة قبض للحق وما تلف بعد قبضه لا يستحق الرجوع به كالأعيان التالفة[3] .

الوجـه الـثانى : إن خراب الذمة لا يخلو من أن يجرى مجرى العيب أو الاستحقاق فإن جرى مجرى الاستحقاق فقد عاد الحق إلى الذمة الأولى ، وإن جرى مجرى العيب كان مخيراً فى الرجوع .[4]

مناقشـة هذا الوجه : ويناقش هذا الوجه بأن خراب ذمة المحال عليه وإن كـان يجـرى مجرى العيب إلا أنه عيب حادث بعد الحوالة التى هى بمعنى القبض والعيوب الحادثة بعد القبض لا يستحق الرجوع بها كالأعيان.[5]

---

(١) فـتح البارى شـرح صـحيح الـبخارى جـ ٤ ص ٥٤٣ ، طبعة دار الريان للتراث ، المحلى لابن حزم جـ ٨ ص ١٠٩ ، ١١٠ رقم ١٢٢٦ .

(٢) بدائع الصنائع جـ٦ ، ص١٩، البحر الرائق جـ٦ ، ص٢٧٢.

(٣) تكملـة المجمـوع للمطـيعى جـ١٣، ص٤٣٦، المبدع فى شرح المقنع جـ٤ ، ص٢٧١، وأيضـا أسـتاذنا الدكـتور حسـين عـبد المجـيد المـرجع السابق ، ص ٩٣.

(٤) تبيين الحقائق جـ٤،ص ١٧٢.

(٥) المهـذب جـ٢، ص٤٩، بـاب البـيع وفـيه: (فـإن ابتاع شيئا ولا عيب به ثم حـدث بـه عيـب فـى ملكـه ، نظرت فإن كان حدث قبل القبض ثبت لـه الرد لأن المبـيع مضـمون علـى الـبائع فثبت لـه الرد بما يحدث فيه من العيب وإن حـدث العيـب بعـد القـبض نظرت : فإن لم يستند إلى سبب قبل القبض لم يثبت لـه الـرد لأنـه دخـل المبيع فى ضمانه فلم يرد بالعيب الحادث ..) وأيضا مغنى المحتاج جـ٢، ص٥٠.

الوجـــه الثالـث: أن الحوالــة عقــد معاوضـــة لم يسلم العوض فيه لأحد المتعاوضين فكان له الفسخ كما لو اعتاض بثوب لم يسلم إليه.[1]

مناقشـــة هـذا الوجه: إن القول بأن الحوالة معاوضة قول غير مسلم لأنه يفضـــى إلـــى الديـــن بالدين وهو منهى عنه ، وكما أن قياس الحوالة على المعاوضـــة بالثوب إنما هو قياس مع الفارق ، لأن القبض فى الثوب يتوقف استقرار العقد عليه أما الحوالة فهى بمنزلة القبض [2] .

٧٢١- الترجيــح :

بعـــد عرض آراء الفقهاء فى هذه المسألة وأدلتهم ومناقشة ما استند إلـــيه أصحاب الرأى الثانى من أدلة يتضح لى – والله أعلم بالصواب – أن الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب الرأى الأول القائلون بعدم أحقية المحال فى الـــرجوع على المحيل إذا ما تعذر عليه الحصول على حقه من المحال عليه وكان هذا التعذر راجعا إلى سبب طارئ بعد الحوالة وذلك لقوة أدلتهم ولأن المحـــال قد ارتضى ذمة المحال عليه فإذا تعذر عليه الحصول على حقه منه بســـبب طارئ بعد الحوالة فلا يسوغ له الرجوع بالقياس على العيب الحادث فى الشئ المبيع بعد أن يقبضه المشترى .

الفصـل الثـانى

مـدى أحقيـة المحـال فـى الرجـوع عـلى المحيـل إذا حصـل سـبب تعـذر الاسـتيفاء قبـل الحـوالة

٧٢٢- إذا أحال المدين (المحيل) الدائن (المحال) بالدين على المحال عليه ، وتعذر على المحال استيفاء الدين من المحال عليه ، وكان سبب التعذر قد حدث قبل الحوالة ، وكان المحال لا يعلم به فقد اختلف الفقهاء فى رجوع المحال على المحيل فى هذه الحالة على ثلاثة آراء :

---

(١) المغنى لابن قدامة جـ٥ ، ص٥٩ رقم ٣٥٥٨.

(٢) المرجع السابق: الموضع نفسه.

٧٢٣- **الرأى الأول** : وهو ما ذهب إليه المالكية[١] ، والشافعية[٢] فى وجه مرجوح عندهم ، وأحمد فى رواية[٣] ، والإمامية[٤] ، والإباضية[٥] ، ويرون أن المحال والحالة هذه يثبت له الخيار إن شاء فسخ العقد ورجع على المحيل بدينه وإن شاء أمضاه .

٧٢٤- **الرأى الثانى** : وهو ما ذهب إليه الظاهرية ويرون أنه إذا حدث سبب الاستيفاء بأن أفلس مثلا قبل الحوالة فإنها والحالة هذه تكون باطلة .[٦]

٧٢٥- **الرأى الثالث** : وهو ما ذهب إليه الشافعية[٧] فى الراجح عندهم ،

---

(١) الشرح الكبير للدردير جـ٣، ص٣٢٨، الشرح الصغير للدردير جـ٣ ، ص ١٧٠ وفيه:(إلا أن يعلم بذلك المحيل فقط دون المحال فله الرجوع عليه لأنه غره) مواهب الجليل جـ٥ ، ص٩٥ وفيه: (قال ابن سلمون : فإن أفلس المحال عليه قبل الإحالة ، ولم يعلم بذلك المحال فله الرجوع على المحيل ، ولا تلزمه الحوالة) التاج والإكليل جـ٥ ، ص٩٥.

(٢) العزيز شرح الوجيز للرافعى جـ٥ ،ص١٣٣ وفيه: (ونقل الإمام وجها أنه يثبت له الخيار تداركا لما لحقه من الخسران كما لو اشترى شيئا فبان معيبا..) وأيضا : روضة الطالبين جـ٤ ، ص٢٣٢.

(٣) المغنى لابن قدامة جـ٥ ،ص ٥٩رقم ٣٥٥٨ وفيه: (وعن أحمد ما يدل على أنه إذا كان المحال عليه مفلسا ولم يعلم المحتال بذلك ، فله الرجوع إلا أن يرضى بعد العلم ، وبه قال جماعة من أصحابنا ..) وأيضا الكافى فى فقه الإمام أحمد جـ٢،ص ٢٢٢.

(٤) جواهر الكلام جـ٢٦، ص١٦٣ وفيه: (.. سألت أبا عبد الله ــ عليه السلام ــ عن الرجل يحيل على الرجل بالدراهم أيرجع عليه؟ قال: لا يرجع عليه أبدا إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك) وأيضا اللمعة الدمشقية جـ ٤ ، ص ١٣٧.

(٥) شرح كتاب النيل وشفاء العليل جـ٩، ص٤٠٠ وفيه: (وإن وقع الإفلاس أو الإعدام أو التحجير قبل الحوالة ولم يعلم المحال بذلك فالذى عندى أن له الرجوع على المحيل..)

(٦) سبق تخريجه فقرة ١٩٠ من هذه الرسالة.

(٧) العزيز شرح الوجيز جـ٥ ، ص١٣٣ وفيه : (أما إذا كان - أى الإفلاس - مقروناً بالحوالة وجهله المحتال أن لم تجر بشرط الملاءة فالمشهور أنه لا رجوع للمحتال ولا خيار له وما يلحقه من الضرر فهو نتيجة ترك التفحيص فصار كما لو اشترى شيئا وكان مغبونا فيه ..) وأيضا الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع حـ٢، ص٤٩، مغنى المحتاج جـ٢ ، ص ١٩٦.

والحنابلة في المذهب[1] ويرون أنه إذا حصل سبب تعذر استيفاء المحال الدين من المحال عليه قبل الحوالة ، فإن العقد والحالة هذه يكون صحيحاً ولازماً وبالتالى لا يحق للمحال الرجوع على المحيل بدينه .

٧٢٦ – **الأدلة** :

٧٢٧ – **أولاً** : **دليل الرأى الأول** :

استدل أصحاب الرأى الأول على ما ذهبوا إليه من أن المحال إذا تعذر عليه استيفاء الدين من المحال عليه ، وكان سبب التعذر قد حدث قبل الحوالة ، وكان المحال لا يعلم به فإنه يثبت له الخيار ، أقول : استدل أصحاب هذا الرأى بأن الفلس عيب فى المحال عليه فكان للمحال الرجوع كما لو اشترى سلعة فوجدها معيبة ، ولأن المحيل غره فكان له الرجوع كما لو دلس عليه المبيع .[2]

٧٢٨ – **ثانياً** : **دليل الرأى الثانى** :

استدل أصحاب الرأى الثانى على ما ذهبوا إليه من بطلان الحوالة فى هذه الحالة بأن المحال عليه إذا كان مفلساً أثناء الحوالة تبين أن الحوالة لم تكن على ملئ ، والحوالة لا تجوز إلا على ملئ [3] عملا بظاهر قول رسول الله ﷺ " وإذا اتبع أحدكم على ملئ فليتبع " [4] .

٧٢٩ – **مناقشة هذا الدليل** : ويناقش القول بان الإحالة على غير الملئ غير جائزة بأنه مفهوم مخالفة ، وهو مختلف فى حجيته[5] وعلى فرض القول

---

(١) شرح منتهى الإرادات جـ٢ ، ص٢٥٧، الفروع جـ٤ ، ص٢٥٧.

(٢) المغنى لابن قدامة جـ٥ ، ص٥٩ رقم ٣٥٥٨ العزيز فى شرح الوجيز جـ٥ ،ص ١٣٣، شرح كتاب النيل وشفاء العليل جـ٩،ص٤٠٠.

(٣) المحلى لابن حزم جـ٨، ص١٠٨-١٠٩ رقم١٢٢٦ وفيه (فإن غره وأحاله على غير ملئ والمحيل يدرى أنه غير ملئ أو لا يدرى فهو عمل فاسد ، وحقه باق على المحيل كما كان ؛ لأنه لم يحله على ملئ ، ولا تجوز الحوالة إلا على ملئ بنص الخبر).

(٤) المحلى جـ ٨ ص ١٠٨ ، ١٠٩ رقم ١٢٢٦ .

(٥) ينظر فى بيان مذاهب العلماء فى العمل بمفهوم المخالفة: أستاذنا الدكتور أحمد عبد العزيز السيد مفهوم المخالفة عند الأصوليين وهو بحث منشور فى مجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط العدد الثالث عشر سنة ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م الجزء الأول ص ٢٣٧ وما بعدها.

بحجيــته فإنــه يشترط للقول بهذه الحجية ضمن ما يشترط من الشروط ألا يكــون ذكــر القــيد فى النص قد خرج مخرج الغالب[1] ، والغالب من أمر المحــال عليه أن يكون قادرا على الوفاء فيكون التقييد بالملئ فى الحديث قد خرج مخرج الغالب وبالتالى لا يكون حجة.[2]

٧٣٠ – **دليــل الــرأى الثــالث** :

استدل أصحاب هذا الرأى على ما ذهبوا إليه من أنه لا يحق للمحال الرجوع على المحيل بدينه فى هذه الحالة بأنه كان من الواجب على المحال أن يســأل عــن حــال المحال عليه قبل قبوله الحوالة ، فإذا ترك ذلك كان مقصرا فيتحمل نتيجة تقصيره.[3]

٧٣١ – **مناقشة هذا الدليل** : ويناقش دليل هذا الرأى بان الظاهر من أحوال المســلمين الســلامة وحسن المعاملة ، فإذا ظهر الحال على خلاف هذا كان المحال مغروراً فيثبت له الخيار.[4]

٧٣٢- **الترجيــح** :

بعد عرض آراء الفقهاء فى هذه المسألة وأدلتهم ومناقشة ما استدل به أصــحاب الرأيــن الــثانى والثالث يتضح لى – و الله أعلم بالصواب – أن الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب الرأى الأول القائلون بأن العقد صحيح غير لازم وبالــتالى يجوز للمحال الرجوع على المحيل بدينه ، وذلك لما يترتب على لزوم العقد فى هذه الحالة من ضرر ظاهر للمحال والضرر منهى عنه

---

(١) يــنظر فــى اشــتراط هــذا الشــرط: المستصفى من علم الأصول للإمام الغزالى جــ٢،٢١٤ طــبعة مؤسســة الرســالة بــيروت الطبعة الأولى سنة ١٤١٧هــ-١٩٩٧م ، الإحكــام فــى أصــول الأحكــام للآمــدى جــ٣ ،ص ١٠٠، الناشر : المكتــب الإســلامى دمشــق ســنة ١٣٨٨هــ-١٩٦٩م ، شــرح العضــد على مختصــر ابــن الحاجــب جــ٢ ، ص١٧٤، الطــبعة الأولــى سنة ١٣٩٣هــ-١٩٧٣م وأيضــا أســتاذنا الدكــتور أحمــد عــبد العزيــز السيد فى بحثه السابق ص ٢٣٧.

(٢) أستاذنا الدكتور حسين عبد المجيد أبو العلا:فى بحثه السابق ص ٩٥.

(٣) العزيز شرح الوجيز جــ٥ ،ص ١٣٣، مغنى المحتاج جــ٢ ، ص١٩٦.

(٤) أستاذنا الدكتور حسين عبد المجيد : المرجع السابق ص ٩٦.

لما روى ابن عباس ﷺ قال : قال رسول الله ﷺ " لا ضرر ولا ضرار " (١)
كما أن القول برجوع المحال على المحيل فى حالة ما إذا كان المحال عليه قد أفلس قبل الحوالة وكان المحيل يعلم بذلك مع عدم علم المحال أقول : إن القول بالرجوع فى هذه الحالة فيه معاملة للمحيل بنقيض مقصوده ، وذلك لأنه إذا أحاله بالدين مع علمه بفلس المحال عليه فإنه يكون قد قصد من وراء ذلك هو إضاعة حق المحال ، وبالتالى يرد عليه قصده حتى لا تضيع الحقوق.

الغصن الثالث

مدى أحقية المحال فى الرجوع على المحيل إذا اشترط عليه يسار المحال عليه

٧٣٣- إذا اشترط المحال على المحيل يسار المحال عليه عند الحوالة ثم تبين له إعساره فقد اختلف الفقهاء فى رجوع المحال على المحيل على رأيين :

٧٣٤- **الرأى الأول** : وهو ما ذهب إليه المالكية[٢] والشافعية فى وجه عندهم [٣] والحنابلة[٤] والإباضية[٥] ويرون أنه إذا اشترط المحال على

---

(١) سنن ابن ماجه: كتاب الأحكام – باب من بنى فى حقه ما يضر بجاره جـ٢ ، ص ٧٨٤حديث رقم ٢٣٤١ ، الموطأ مع تنوير الحوالك كتاب الأقضية باب القضاء فى المرفق جـ٢ ، ص٢١٨ ط دار إحياء الكتب العربية (عيسى الحلبى) مسند أحمد جـ١٦،ص٤٢١ رقم ٢٢٦٧٧.

(٢) مواهب الجليل جـ٥ ، ص٩٥ وفيه:(..إلا أن يشترط المحال الرجوع على المحيل إذا أفلس المحال عليه فيكون له شرطه ..) .

(٣) التهذيب للبغوى جـ٤ ،ص ١٦٣ وفيه: (ولو شرط فى الحوالة ملاءة المحال عليه فلم يكن ، هل له أن يرجع على ا لمحيل ؟ .... وقال ابن سريج: يرجع..) و أيضا العزيز شرح الوجيز جـ٥ ، ص١٣٣ ، مغنى المحتاج جـ٢ ص١٩٦ إعانة الطالبين جـ٣،ص٧.

(٤) الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف جـ٥، ص ٢٢٩ وفيه : (لو شرط المحيل أن المحال عليه ملئ ثم تبين إعساره رجع المحتال على المحيل بلا نزاع ..) وأيضا المغنى جـ٥ ،ص ٦٠ رقم ٣٥٥٩، الكافى فى فقه الإمام أحمد جـ٢،ص٢٢٢ ، كشاف القناع جـ٢،ص٢٥٨.

(٥) شرح كتاب النيل وشفاء العليل جـ٩، ص٤٠١ وفيه: (وإن شرط الرجوع إلى المحيل مطلقاً إن شاء ، أو الرجوع إليه إن مات المحال عليه أو أفلس ، فله ذلك) .

المحيل يسار المحال عليه عند الحوالة ثم تبين إعساره كان له الرجوع على المحيل.

٧٣٥- **الرأى الثانى** : وهو ما ذهب إليه الشافعية فى وجه عليه عامتهم [١] ، والزيدية[٢] ويرون أنه إذا اشترط المحال على المحيل يسار المحال عليه ثم تبين إعساره لم يكن للمحال الحق فى الرجوع على المحيل .

٧٣٦- **الأدلة** :

٧٣٧- **أولاً** : **دليل الرأى الأول** :

استدل أصحاب الرأى الأول على ما ذهبوا من أنه إذا اشترط المحال على المحيل يسار المحال عليه فتبين العكس كان له الرجوع بالسنة ، والمعقول :

٧٣٨- ١ - **من السنة** : أما من السنة فما روى أن رسول الله ﷺ قال " .. والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالا أو أحل حراما " [٣] .

وجه الاستدلال من الحديث : هذا الحديث يفيد وجوب الوفاء بالشروط التى يشترطها المسلمون فيما بينهم بشرط ألا يترتب عليها تحريم حلال أو تحليل حرام ، وشرط يسار المحال عليه الذى يشترطه المحال على المحيل من هذا القبيل فيجب العمل بمقتضاه .

---

(١) التهذيب للبغوى جـ٤ ، ص٦٣١وفيه: (ولو شرط فى الحوالة ملاءة المحال عليه فلم يكن هل يرجع على المحيل ؟ فيه وجهان عامة أصحابنا على أنه لا يرجع ، لأن عدم الملاءة لو كان نقصا معتبرا فى هذا الباب لكان عند الإطلاق معتبرا) وأيضا الإقناع فى حل الفاظ أبى شجاع جـ٢، ص٤٩ حاشيتا قليوبى وعميرة جـ٢ ، ص٣٢١.

(٢) البحر الزخار جـ٥ ،ص ٦٨.

(٣) أخرجه البخارى ، وأبو داود والترمذى واللفظ للترمذى ينظر صحيح البخارى : كتاب الإجارة باب أجرة السمسرة جـ٢،ص٦٧٠ سنن أبى داود : كتاب الأقضية باب فى الصلح جـ٣ ، ص٣٠٣ رقم ٣٥٩٤ ، سنن الترمذى كتاب الأحكام باب ١٧ ما ذكر عن رسول الله ﷺ فى الصلح بين الناس جـ٣، ص٦٢٥-٦٢٦ حديث رقم ١٣٥٢ وقال أبو عيسى : هذا حديث حسن صحيح .

٧٣٩ - ٢ - **مــن المعقــول** : إن المحال عندما يشترط على المحيل يسار المحال عليه يكون قد اشترط شرطاً مقصوداً فإذا بان خلافه ملك الرد ، كما لو شرط صفة فى المبيع .[1]

٧٤٠- **ثانياً : دليـل الـرأى الثـانى** :

واســتدل أصـــحاب الرأى الثانى على ما ذهبوا إليه من عدم جواز رجـــوع المحـــال على المحيل إذا ما اشترط المحال يسار المحال عليه فبان خلافـــه بأن الحوالة لا ترد بالإعسار مع عدم الشرط فلا ترد به مع الشرط ، كما لو شرط كونه مسلماً .[2]

مناقشـــة هـــذا الدليـــل : ويمكن مناقشة هذا الدليل بأن قياس اشتراط يسار المحـــال علـــيه على اشتراط الإسلام فيه إنما هو قياس مع الفارق ، ووجه الفرق : أن شرط الإسلام فى المحال عليه إنما هو شرط غير مؤثر ، فكم من غـــير مســـلم يرجى أداؤه لالتزامه المالى ، وكم من مسلم مماطل لا يرجى أداؤه ، فالحوالة لا ترد بعدم إسلام المحال عليه مع عدم اشتراط الإسلام فيه كما لا ترد مع اشتراطه .

أما ملاءة المحال عليه فهو وصف مؤثر فى الحوالة إذ يتوقف عليه اقتضـــاء المحال لحقه منه فإذا شرط وجب العمل بمقتضى هذا الشرط ، فإذا بان المحال عليه معسراً كان من حق المحال الرجوع على المحيل .

٧٤١- **الترجيـــح** :

بعـــد عـــرض آراء الفقهاء فى هذه المسألة ، وأدلتهم ومناقشة دليل الـــرأى الـــثانى ، يتضح لى – والله أعلم بالصواب – أن الرأى الراجح هو الرأى الأول الذى يعطى للمحال الحق فى الرجوع على المحيل إذا ما اشترط علـــيه يسار المحال عليه فبان معسراً ، لقوة أدلتهم ولوجوب الوفاء بالعقود والشـــروط كمـــا اتفق عليها ، لقول الله تعالى: **﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا**

---

(١) المغـــنى لابـــن قدامـــة جـــ٥ ،ص٦٠ رقـــم ٣٥٥٩، الكافى فى فقه الإمام أحمد جـــ٢ ،ص ٢٢٢.

(٢) المغنى لابن قدامة : المرجع السابق الموضع نفسه.

بـالْعُقُودِ ﴾ [1] ؛ ولأن فـى الأخذ بهذا الرأى حفاظاً على مال الدائن الذى رضى بأن يحول حقه تيسيراً على المدين .

المطلب الثانى

آثـار حـوالة الديـن فى علاقـة المحيـل بالمحـال فى القـانون المـدنى

٧٤٢- يمكن تلخيص آثار حوالة الدين فى علاقة المحيل بالمحال فى أثرين :

الأول : براءة ذمة المدين الأصلى (المحيل) قبل الدائن (المحال) .

الثانى : ضمان المدين الأصلى (المحيل) للدائن (المحال) يسار المحال عليه وقـت إقـرار الدائـن (المحال) للحوالة إذا تمت باتفاق بين المدين الأصلى (المحيل) والمحال عليه .

وسوف ألقى بعض الضوء على كل أثر من هذين الأثرين وذلك فيما يأتى:

٧٤٣ - **أولاً** : **بـراءة ذمـة المدين الأصلى (المحيل) فى مواجهة الدائن (المحال)**:

يفـرق فى هذا الشأن بين ما إذا كانت الحوالة قد انعقدت بين الدائن والمحال عليه وبين ما إذا كانت قد انعقدت بين المدين الأصلى والمحال عليه :

فـإذا كانت الحوالة قد انعقدت بين الدائن والمحال عليه مباشرة دون تدخـل مـن المدين الأصلى ترتب على ذلك براءة ذمة المدين الأصلى دون حاجة إلى رضائه بالحوالة .[2]

أما إذا كانت الحوالة قد انعقدت باتفاق بين المدين الأصلى (المحيل) والمحـال عليه فإنه يفرق فى هذا الشأن بين ما إذا كان الدائن قد اقر الحوالة أو لا :

* فإذا كان الدائن (المحال) لم يقر الحوالة بأن كان قد رفضها صراحة

---

(١) سورة المائدة من الآية رقم ١.

(٢) أ.د عـبد الـرزاق السـنهورى فـى الوسيط: جـ٣ فقرة ٣٣٩، ص٦٠٧، أ.د عبد الـودود يحـيى فـى رسـالته السـابقة ص ٢٢٤، أ.د محمود جمال الدين زكى : مـرجع سـبق ذكـره فقـرة ١٨٤، ص١٩٧، أ.د عبد الفتاح عبد الباقى : مرجع سبق ذكره فقرة ١٩٦ ، ص٢١٨.

بعـــد إعلانه بها أو مضت المدة المعقولة دون أن يبدى فيها رأيا فإن علاقة المدين الأصلى (المحيل) بالدائن (المحال) لا يحدث فيها أى تغيير ، بل يظل المحيل هو المدين بالدين ، ويكون من حق الدائن أن يتخذ فى مواجهته كافة الإجراءات التى تكفل له اقتضاء الدين منه .[1]

* أمـــا إذا كـــان الدائن قد أقر الحوالة ، فإنه يترتب على هذا الإقرار بـــراءة ذمـــة المدين الأصلى فى مواجهة الدائن ، وهذه البراءة براءة نهائية بحيث إذا أعسر المحال عليه فلا يستطيع الدائن الرجوع على المدين الأصلى (المحيل) [2] .

وهـــذا الإقرار لـــه أثر رجعى بحيث يترتب عليه براءة ذمة المحيل لـــيس مـــن وقـــت الإقرار وإنما من الوقت الذى تم فيه الاتفاق بين المحيل والمحال عليه .[3]

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصاً بهذا المعنى هـــو نـــص المـــادة ٤٥٠ مـــنه الـــتى كانت تنص على أنه : " ١- إذا أقر الدائـــن الحوالـــة برئـــت ذمـــة المديـــن الأصلى وحل محله المحال عليه . ٢- وينســـحب أثر الإقرار إلى اليوم الذى تم فيه الاتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه " ولكن هذا النص حذف فى لجنة المراجعة لأنه مجرد تطبيق

---

(١) أ.د عـــبد الـــرزاق الســـنهورى : المـــرجع الســـابق الموضع نفسه ، أ.د عبد الحى حجـــازى : مـــرجع ســـبق ذكـــره فقـــرة ١٨٧، ص ١٣٤ ، أ.د أحمـــد سلامة : مـــرجع ســـبق ذكـــره فقـــرة ١٧٥، ص٢١٦ أ.د محمد لبيب شنب: فقرة ١٩٦ص ٢٢١-٢٢٢ ، أ.د عبد الودود يحيى المرجع السابق ص ٢٢٣.

(٢) يـــنظر : شـــيرون ومحمـــد صـــادق فهمـــى : فى مقالهما السابق ص ٥٥ وأيضا مجموعـــة الأعمـــال التحضـــيرية جـــ٣ ، ص١٥٢ وفـــيها : (وتعتـــبر البراءة نهائـــية فلـــو أعســـر المديـــن الجديـــد فـــيما بعـــد ، فلـــيس للدائن أن يرجع على الأصـــيل) ، أ.د الســـنهورى فـــى الوســـيط جــــ٣ فقرة ٣٢٩ ص ٥٨٥-٥٨٦ ، وفقـــرة ٣٣٩ ص ٦٠٧ أ.د عـــبد الحـــى حجـــازى : فقـــرة ١٨٧، ص١٣٤ أ.د محمود جمال الدين زكى : فقرة ١٨٤ ص ١٩٧.

(٣) أ.د الســـنهورى : فقـــرة ٣٢٩ ، ص٥٨٥ ، أ.د أحمـــد ســـلامة : فقـــرة ١٧٥ ، ص٢١٦.

للقواعد العامـــة . [1]

٧٤٤- ثانياً : ضمـــان المدين الأصلى (المحيل) يسار المحال عليه : يفرق فـــى هـــذا الشأن أيضا بين ما إذا كانت الحوالة قد انعقدت باتفاق بين الدائن والمحـــال علـــيه وبيـــن مـــا إذا كانت قد انعقدت باتفاق بين المدين الأصلى (المحيل) والمحال عليه وأقرها الدائن :

* فـــإذا كانـــت الحوالة قد انعقدت باتفاق بين الدائن والمحال عليه فإن المديـــن الأصـــلى لا يضـــمن للدائن يسار المحال عليه ، لأنه لم يتدخل فى الحوالة وإنما انعقدت دون رضاه ، وعلى ذلك فإن الدائن فى هذه الحالة هو الذى يتحمل إعسار المحال عليه ، لأنه هو الذى اختار الاتفاق معه .[2]

أما إذا كانت الحوالة قد انعقدت باتفاق بين المدين الأصلى (المحيل) والمحـــال علـــيه وأقرها الدائن ، فإن المدين الأصلى (المحيل) يضمن للدائن والحالـــة هـــذه يسار المحال عليه وقت إقرار الحوالة وهذا ما قررته المادة ٣١٩ مـــن القـــانون المدنـــى التى تنص على أنه : " يضمن المدين الأصلى أن يكـــون المحال عليه موسرا وقت إقرار الدائن للحوالة ، ما لم يتفق على غير ذلك " .

ويفهـــم مـــن هـــذا النص أن الوقت الذى يضمن فيه المدين الأصلى (المحـــيل) يسار المحال عليه هو وقت إقرار الدائن الحوالة فإذا كان المحال عليه معسرا فى هذا الوقت وكان الدائن لا يعلم بهذا الإعسار[3] فلا تبرأ ذمة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ، ص١٤٤ هامش ١.

(٢) أ.د السـنهورى : فقـرة ٣٤٠، ص٦٠٩ ، أ.د محمـود جمـال الدين زكى : فقرة ١٨٤ ، ص١٩٧، أ.د عـبد الفـتاح عـبد الـباقى: فقـرة ١٩٧ ،ص ٢١٨ ، أ.د سليمان مرقس : فقرة ٣١٩، ص٦٦٨، أ.د عبد الودود يحيى :ص ٢٢٧.

(٣) يـنظر مجموعـة الأعمـال التحضـيرية جـ٣ ، ص١٥٥ وفيها: (فإذا أقيم الدليل علـى أن المحـال علـيه كـان معسـرا عند انعقاد الحوالة وان الدائن كان يجهل هـذا الإعسـار فـلا تـبرأ ذمة المدين الأصلى فى هذه الحالة وتسرى هذه القاعدة مـن بـاب أولـى مـتى كـان الجهـل راجعا إلى تدليس أو إلى عيب من عيوب الرضـا) ويـنظر عكـس ذلـك : أ.د السـنهورى فقـرة ٣٤٠ ص ٦١٠ وفيه: (.. والصـحيح أن علـم الدائـن بهـذا الإعسـار أو جهله اياه لا شأن لـه ===

المديــن الأصلى (المحيل) من الدين وإنما يجب عليه أن يعوض الدائن عما يلحقــه مــن ضرر من جراء هذا الإعسار وذلك بدفع ما يتعذر على الدائن استيفاؤه من الدين .[1]

أما إذا كان المحال عليه موسرا وقت إقرار الحوالة ثم اعسر بعد ذلك فــلا يكــون المدين الأصلى ضامنا لهذا الإعسار وبالتالى لا يستطيع الدائن الرجوع عليه .[2]

علـــى أن الحكم الذى قررته المادة ٣١٩ مدنى ليس من النظام العام وبالتالى يجوز الاتفاق على ما يخالفه ، كما ورد ذلك فى نص المادة ذاتها : "ما لم يتفق على غير ذلك "وعلى ذلك يجوز الاتفاق على تخفيف وطأة حكم هــذه المادة على المدين الأصلى (المحيل) بأن يتفق على عدم ضمانه يسار المحــال عليه وقت إقرار الدائن للحوالة كما يجوز الاتفاق على تشديد وطأة هذا الحكم بأن يتفق على ضمان المدين الأصلى (المحيل) يسار المحال عليه لا وقت إقرار الدائن الحوالة فحسب بل وقت حلول الدين المحال به.[3]

٧٤٥ المقارنــة بيــن الفقــه الإســلامى والقــانون المــدنى :

إذا نظرنا إلى آثار حوالة الدين فى علاقة المحيل بالمحال فى كل من الفقــه الإســلامى والقانون المدنى لبان لنا أن القانون المدنى يتفق مع الفقه الإسلامى فى جملة أحكامه ويتضح ذلك مما يأتى:

=== بضــمان المديــن الأصــلى ليســار المحال عليه وقت إقرار الحوالة ، فهذا الضــمان مقــرر بصــريح الــنص ، أمــا علم الدائن باعسار المحال عليه فغايته أنــه قــد يؤخــذ قريــنة علــى أن الدائــن نــزل عن هذا الضمان ، والنزول عن الضمان لا يستخلص إلا إذا كانت نية الدائن واضحة فى ذلك..).

(١) أ.د الســنهورى فقــرة ٣٤٠ ، ص٦٠٨، أ.د عــبد الحــى حجازى : فقرة ١٨٧ ، ص١٣٤ ،أ.د عــبد الفــتاح عــبد الــباقى فقة ١٩٧، ص٢١٨ ،أ.د محمود جمال الديــن زكــى : فقــرة١٨٤ ، ص١٩٧ ،أ.د محمــد لبيــب شــنب: فقرة ١٩٦ ، ص٢٢٢.

(٢) أ.د الســنهورى فقرة ٣٤٠ ، ص٦٠٩ ، أ.د سليمان مرقس فقرة ٣١٩ ، ص٦٦٨ ، أ.د أحمد سلامة فقرة ١٧٥ ، ص٢١٦.

(٣) أ.د الســنهورى فقــرة ٣٤٠ ، ص٦٠٨ ، أ.د عــبد الفــتاح عبد الباقى فقرة ١٩٧ ، ص٢١٨ ، أ.د محمود جمال الدين زكى فقرة١٨٤، ص١٩٧.

١ – إن القـــانون المدنـــى[1] يـــتفق مع رأى جمهور الفقهاء وهو ما سبق ترجـــيحه[2] مـــن أنـــه يترتـــب على حوالة الدين براءة ذمة المدين الأصلى (المحـــيل) فـــى مواجهة الدائن (المحال) بحيث لا يحق لهذا الأخير مطالبته بالدين وإنما يكون له الحق فى مطالبة المحال عليه.

٢ – كما يتفق القانون المدنى[3] مع ما سبق أن ترجيحه فى الفقه الإسلامى[4] فـــى نوع هذه البراءة وأنها براءة مطلقة ونهائية بحيث إذا تعذر على الدائن (المحال) الحصول على حقه من المحال عليه نظرا لإعساره بعد الحوالة فلا يحق للمحال الرجوع على المدين الأصلى (المحيل) .

٣ – كما يتفق القانون المدنى مع ما سبق ترجيحه فى الفقه الإسلامى [5] من أنه إذا كان المحال عليه معسراً وقت إقرار الدائن للحوالة وكان الدائن لا يعلم بهـــذا الإعســـار[6] فلا تبرأ ذمة المدين الأصلى (المحيل) وإنما يكون للدائن المحال الحق فى الرجوع عليه .

٤ – وأخيرا يتفق القانون المدنى[7] مع ما سبق ترجيحه فى الفقه الإسلامى[8] مـــن أنه إذا اتفق المحال (الدائن) مع المحيل (المدين الأصلى) واشترط عليه يســـار المحال عليه فإنه يجب العمل بمقتضى هذا الشرط بحيث إذا تبين أن المحـــال علـــيه معســـر كان من حق المحال (الدائن) الرجوع على المحيل (المدين الأصلى) .

---

(١) يراجع فقرة ٧٤٣ من هذه الرسالة.

(٢) يراجع فقرة ٧٠٨ من هذه الرسالة.

(٣) يراجع فقرة ٧٤٣ من هذه الرسالة.

(٤) يراجع فقرة ٧٢١ من هذه الرسالة.

(٥) يراجع فقرة ٧٣٢ من هذه الرسالة .

(٦) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ، ص١٥٥.

(٧) أ.د عبد الرزاق السنهورى : مرجع سبق ذكره فقرة ٣٤٠ ص ٦٠٩ .

(٨) يراجع فقرة ٧٤١ من هذه الرسالة .

المبحث الثانى

آثار حوالة الدين فى علاقة المحال بالمحال عليه فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٧٤٦ - ويشتمل على مطلبين :

المطلب الأول : آثار حوالة الدين فى علاقة المحال بالمحال عليه فى الفقه الإسلامى.

المطلب الثانى : آثار حوالة الدين فى علاقة المحال بالمحال عليه فى القانون المدنى .

* المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى

المطلب الأول

آثار حوالة الدين فى علاقة المحال بالمحال عليه فى الفقه الإسلامى

٧٤٧- سبق الذكر فى المبحث السابق أنه يترتب على حوالة الدين براءة ذمة المحيل سواء أكانت هذه البراءة براءة من أصل الدين وهو الذى سبق ترجيحه[١] أم كانت براءة من المطالبة به فقط ، ونضيف فى هذا المبحث أن الدين المحال به عندما تبرأ منه ذمة المحيل فهو ينتقل إلى ذمة المحال عليه[٢] وبالتالى يكون من حق المحال مطالبته به دون أن يكون للمحال عليه حق الامتناع عن الوفاء له بالدين ، وهذا ما قررته المادة ٨٧٠ من مرشد الحيران بقولها: " إذا قبل المحتال الحوالة ورضى المحتال عليه بها .. ثبت للمحتال حق مطالبة المحتال عليه " .

---

(١) يراجع فقرة ٧٠٨ من هذه الرسالة.

(٢) العناية على الهداية جـ٦ ،ص ٣٤٦ ، الشرح الكبير للدرير جـ٣ ، ص ٣٢٨ وفيه: (ويتحول بمجرد عقد الحوالة حق المحال على المحال عليه ..) إعانة الطالبين جـ٣ ،ص ٧٥ وفيه (فيبرأ المحيل بالحوالة عن دين المحتال والمحال عليه عن دين المحيل ويتحول حق المحتال إلى ذمة المحال عليه إجماعا ..) كشاف القناع جـ٢ ص ٢٥٦ وفيه (وهى مشتقة من التحول لأنها تحول الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه).

والمحال عندما يطالب المحال عليه ، إنما يطالبه لا بحق جديد وإنما بالحق نفسه الذى كان له على المحيل قبل تمام الحوالة ، وذلك لأن الحوالة نقلت المدين إلى المحال عليه بالصفة التى كان بها على المحيل ، فإن كان المدين على المحيل حالاً كان كذلك على المحال عليه ، وإن كان مؤجلاً كان الدين الذى على المحال عليه للمحال مؤجلاً وهذا ما قررته المادة ٦٩٧ من مجلة الأحكام العدلية .[١]

هذا ولما كانت الدفوع التى يستطيع المحال عليه أن يتمسك بها فى مواجهة المحال والتأمينات التى تضمن حق هذا الأخير قبل المحال عليه هما أهم آثار الحوالة فى علاقة المحال بالمحال عليه ، لذلك فسوف أشير إلى مدى إمكانية التمسك بهما فى مواجهة المحال من قبل المحال عليه وذلك على النحو التالى :

٧٤٨- **أولاً : الدفوع** [٢] :

لما كان الدين يتحول إلى المحال عليه بذات الصفة التى كان بها على المحيل كان أمراً بدهياً أن يكون فى إمكان المحال عليه أن يتمسك فى مواجهة الدائن بجميع الدفوع التى كان بإمكان المدين التمسك بها قبل تمام الحوالة ، لذلك يستطيع المحال عليه مثلاً أن يدفع مطالبته بالدين من قبل المحال بأن الدين قد انقضى بالوفاء أو بأى سبب آخر ، وذلك لأن حق المحال قبل المحال عليه لن يكون بأكثر مما كان له قبل المحيل .[٣]

كذلك يستطيع المحال عليه عند جمهور الفقهاء أن يتمسك فى مواجهة

---

(١) إذ تنص هذه المادة على أنه : (... فى الحوالة المبهمة التى لم يذكر تعجيلها ولا تأجيلها : إن كان الدين معجلا على المحيل كانت الحوالة معجلة ، ووجب على المحال عليه أداء الدين حالاً وإن كان الدين مؤجلاً كانت الحوالة مؤجلة ووجب أداء الدين عند حلول أجله) .

(٢) **الدفوع:** هى الحجج التى يكون للمدين التعلق بها لدفع دعاوى دائنيه ، وذلك كالأجل فإنه يتمسك به لدفع المطالبة قبل حلوله واستحقاق المبيع أو عدم تقومه لدفع المطالبة بثمنه وسبق الوفاء أو التقاص لدفع دعوى بقاء الذمة مشغولة به ينظر: أ.د إبراهيم عبد الحميد الحوالة ص ١٤٣-١٤٤.

(٣) أ.د عبد الودود يحيى : مرجع سبق ذكره ص ١٤٣ .

المحـــال بـــالدفوع الناشئة عن العلاقة بين المدين (المحيل) والمحال عليه ، وذلـــك لأن الجمهـــور يشـــترطون ثـــبوت دين للمحيل على المحال عليه[1] ويترتـــب علـــى ذلك أن التزام المحال عليه قبل الدائن لا يكون مستقلاً عن العلاقـــة بيـــن المدين والمحال عليه ، إذ إن هذه العلاقة تعد عنصراً أساسيا للحوالة ولذلك فإن المحال عليه يستطيع أن يدفع فى مواجهة الدائن (المحال) بالدفوع الناشئة بين هذا الدائن وبين المحيل .[2]

٧٤٩- ثـانيـاً : التأميـنات :

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه إذا كان الدين المحال به مضموناً برهن، أو كفالـــة ، أو حـــق حبس فإن هذا التأمين يسقط بمجرد حوالة الدين الموثق بهـــذا التأمين ، ولا ينتقل بالحوالة ليضمن الدين الذى فى ذمة المحال عليه ، وقـــد عللـــوا سقوط التأمينات وعدم انتقالها بالحوالة بأن الحوالة تعد بمنزلة القبض[3] .

---

(١) شرح الزرقانى على المختصر حـــ٦، ص١٧ ، المهذب للشيرازى جـــ٢ ، ص١٤٣، إعانـــة الطالبيـــن جـــ٣،ص٧٥، المغنى لابن قدامة جـــ٥ ، ص٥٧١ رقم ٣٥٥٦، الشرح الكبير على متن المقنع جـــ٥ ، ص٥٨، كشاف القناع جـــ٢، ص٢٥٩.

(٢) أمـــا الحنفـــية فـــإنهم يفـــرقون بيـــن الحوالة المطلقة والحوالة المقيدة ففى الحوالة المطلقـــة لا يســـتطيع المحـــال علـــيه أن يحتج بهذا النوع من الدفوع فى مواجهة الدائـــن (المحـــال) ، وذلـــك لأن الـــتزامه قبل الدائن مستقل عن العلاقة بينه وبين المديـــن (المحـــيل) ، أمـــا فـــى الحوالـــة المقيدة فإن المحال عليه يستطيع أن يدفع فـــى مواجهـــة الدائـــن (المحـــال) بدفـــوع مستمدة من العلاقة بين المدين (المحال) و المحـــال علـــيه ، فيســـتطيع مـــثلا أن يدفـــع مطالـــبة الدائن بهلاك العين التى قـــيدت بهـــا الحوالـــة ، أو بســـقوط الديـــن الـــذى عليه للمحيل . ينظر: أ.د عبد الودود يحيى: ص ١٤٤ .

غـــير أن الحنفـــية يـــرون أن المحـــال علـــيه إنمـــا يتمسك بهذه الدفوع نيابة عن المحـــيل ، فـــإذا لـــم تثبـــت هـــذه النـــيابة بوجه شرعى فلا يحق لـــه التمسك بها اللهـــم إلا إذا كـــان المحـــيل غائـــبا فإنه يحق للمحال عليه أن يتمسك بهذه الدفوع فـــى مواجهـــة المحـــال دون نـــيابة يـــنظر: البحر الرائق جـــ٦، ص٢٧١ وأيضا أ.د إبراهيم عبد الحميد : الحوالة مرجع سبق ذكره ص ١٤٥.

(٣) حاشـــية الشـــرقاوى علـــى تحفـــة الطلاب جـــ٣، ص١٥٣ وفيه : (فلو كان بأحد الدينيـــن توثـــق برهـــن ، أو ضـــامن لم يؤثر ، ولم ينتقل الدين بصفة التوثق ، بل يســـقط الـــتوثق لأن الحوالـــة كالقـــبض بدلـــيل سقوط حبس المبيع والزوجة ===

أمـــا عند الحنفية فيرون أن الدين المحال به إذا كان مضمونا بكفالة فإن هذه الحوالة تؤدى إلى براءة الكفيل ، ولا ينتقل الدين المحال به إلى ذمة المحـــال عليه مضموناً بهذه الكفالة ، وذلك لأن الكفيل يضمن المدين معتمدا علـــى ثقته الشخصية فيه ، وليس من العدالة فى شئ أن يستمر التزام الكفيل لضمان المحال عليه الذى قد يكون أقل يساراً أو حرصاً على أداء التزامه من الديـــــن [1] .

أما إذا كان الدين المحال به مضموناً برهن أو حق حبس فقد اختلف الحنفية فى ذلك :

فيرى الإمام أبو يوسف أن هذه التأمينات تنقضى بالحوالة ، ولا تنتقل مع الدين ، المحال به لتضمن الوفاء به فى ذمة المحال عليه.

أمـــا الإمام محمد بن الحسن فيرى أن هذه التأمينات تبقى على حالها تكفـــل الدين الباقى فى ذمة المدين[2] وذلك لأن حوالة الدين عند الإمام محمد – رحمه الله – لا تنقل الدين وإنما تنقل المطالبة كما سبق أن ذكرنا.

==فـــيما إذا أحـــال المشـــترى بالثمـــن والـــزوج بالصداق . وينظر أيضا أسنى المطالـــب جــــ٢ ، ص٢٣٢ ، أيضـــا الغـــرر البهـــية شـــرح مـــنظومة البهجة الورديـــة جـــــ٥ ، ص٤١١ طـــبعة دار الكتـــب العلمـــية ، الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع جــ٢ ، ص٤٨ .

وممـــا تجـــدر الإشـــارة إلـــيه أن المالكـــية والحـــنابلة لم يناقشوا أثر الحوالة على التأميـــنات إلا أن القـــول بأنهـــا تســـقط هـــو الـــذى يـــتفق مع قولهم بأن المدين (المحـــيل) يـــبرأ مـــن الديـــن بـــراءة مطلقـــة ينظر أ.د عبد الودود يحيى ١٤٧ هـــامش ٣. ويـــنظر فـــى قـــول المالكـــية والحنابلة ببراءة المحيل من الدين براءة مطلقـــة : مواهـــب الجلـــيل جــــــ ٥ ص ٩٥ ، الشرح الكبير للدردير جـــ ٣ ص ٣٢٨ ، المغـــنى لابـــن قدامـــة جــــ ٥ ص ٥٩ رقـــم ٣٥٥٨ ، كشـــاف القناع جـــ ٣ ص ٣٨٣ .

(١) المـــادة ٦٩٠ مـــن مجلـــة الأحكـــام العدلـــية وتنص على أن (حكم الحوالة براءة المحـــيل وكفـــيله إن كـــان لـــــه كفـــيل من الدين والكفالة)وأيضا أ.د عبد الودود يحيى : ص ١٤٥-١٤٦.

(٢) شـــرح فـــتح القديـــر جـــــ٦ ، ص٣٤٨، الـــبحر الـــرائق جـــ٦ ، ص٢٩٨، تبين الحقائق جـــ٤ ، ص١٧١.

جـاء فى شرح فتح القدير " فعند أبى يوسف ينتقل الدين والمطالبة ، وعـند محمـد تنتقل المطالبة لا الدين ، قال : وفائدة هذا الخلاف تظهر فى مسألتين : إحداهما : أن الراهن إذا أحال المرتهن بالدين فله أن يسترد الرهن عند أبى يوسف كما لو أبرأه عنه ، وعند محمد لا يسترده كما لو أجل الدين بعد الرهن والثانية .." [1] .

وجاء فى البحر الرائق : " لو أحال المشترى البائع بالثمن على رجل لـم يملـك الـبائع حـبس المبيع ، وكذا لو أحال الراهن المرتهن لا يحبس (المرتهن) الرهن ولو أحال الزوج المرأة بصداقها لم تحبس نفسها " [2] .

المطلب الثانى

آثار حوالة الدين فى علاقـة المحـال بالمحـال عليـه فى القـانون المـدنى

٧٥٠- يترتب على حوالة الدين أن يحل المحال عليه فى الدين محل المدين الأصـلى (المحيل) بالحالة التى كان عليها وقت الحوالة[3] أو على حد تعبير المذكـرة الإيضاحية " إن الدين الذى يلتزم المحال عليه بأدائه قبل الدائن هو عين الدين الذى كان مترتبا فى ذمة الأصيل " [4] .

وما دام الدين الذى ينتقل إلى المحال عليه هو ذاته الذى كان مترتبا فى ذمة المدين الأصلى (المحيل) فإنه يستبقى الصفات التى كانت له مدنياً أو تجاريـاً ، منجزاً أو معلقاً على شرط ، أو مقترناً بأجل منتجا لفوائد أو غير منتج ، ثابتا أو غير ثابت فى سند تنفيذى .[5]

---

(١) جـ٦، ص٣٤٨.

(٢) جـ٦ ، ص٢٦٨.

(٣) أ.د محمـود جمـال الديـن زكـى: فقرة ١٨٣، ص١٩٤-١٩٥ ، أ.د عبد الودود يحـيى : مـرجع سـبق ذكـره ص ٢٢٨، أ.د محمـد لبيـب شنب : مرجع سبق ذكره فقرة ١٩٦، ص٢٢١.

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ، ص١٥٢.

(٥) أ.د السـنهورى : جـ٣،فقـرة ٣٣٠ ص ٨٥٧، أ.د محمـود جمال الدين زكى : فقـرة ١٨٣، ص١٩٥، أ.د عـبد الـودود يحـيى: ص٢٢٨، أ.د عـبد الفتاح عبد الـباقى: المـرجع السـابق فقـرة ١٩٥، ص٢١٧، أ.د أحمد سلامة : مرجع سبق ذكـره فقـرة ١٧٦،ص ٢١٧ أ.د سـليمان مـرقس : المـرجع السابق فقرة ٣٢١، ص٦٦٩.

وهـذا يعـد نتـيجة طبيعـية للخلافـة الخاصـة الـتى تـؤدى إلـيها حوالـة الديـن غـير أن هـذه الخلافـة الخاصـة فى الدين تؤدى إلى نتيجتين هامتين:

الأولـى : إن الديـن المحـال بـه تـبقى لـه ضـماناته الـتى كانت له قبل الحوالة.

الثانية : أن الدين ينتقل إلى المحال عليه بدفوعه.

ونظـرا لأهمـية هاتين النتيجتين سوف ألقى بعض الضوء على كل منهما وذلك فيما يأتى :

٧٥١- أولاً : الضمانات :

تنص المادة ٣١٨ من التقنين المدنى على ما يأتى:

" ١ – تبقى للدين المحال به ضماناته .

٢ – ومـع ذلك لا يبقى الكفيل عينياً كان أو شخصياً ملتزماً قبل الدائن إلا إذا رضى بالحوالة ".

ويتضح أن هذا النص يفرق بين الضمانات العينية التى تأتى من جهة المدين الأصلى وبين الضمانات الشخصية أو العينية التى يقدمها كفيل المدين الأصلى :

- فإذا كان المدين الأصلى (المحيل) قد قدم للدائن ضمانا للمدين يتمثل فـى رهن رسمى ، أو حيازى ، أو كان الدين مضمونا بحق امتياز ، أو حق اختصـاص يـنقل عينا مملوكة للمدين ، فإن هذه الضمانات تنتقل مع الدين لمصلحة الدائن .[1]

ويلحق الحق فى الحبس بالتأمينات العينية فى هذا الخصوص وإن لم يكـن تأمينا عينيا فى القانون المدنى الحالى ، وعلى ذلك يبقى الدائن محتفظا

---

(١) أ.د عـبد الـرزاق السـنهورى فـى الوسيط جـ٣، فقرة ٣٣٢، ص٥٩٢، أ.د عبد الفـتاح عـبد الـباقى : فقـرة ١٩٥ص ٢١٧، أ.د محمـود جمـال الدين زكى : فقـرة ١٨٣، ص١٩٥، أ.د سـليمان مـرقس: فقـرة ٣٢٠، ص٦٦٨، أ.د أحمـد سلامة فقرة١٧٦، ص٢١٨.

بحقــه فى حبس العين المبيعة إذا وردت الحوالة على الثمن إلى أن يستوفيه من المحال عليه[1] .

أمـــا إذا كـــان الضـــمان مقدمـــاً من الغير كما لو كان للمدين كفيل شخصـــى ، أو كفيل عينى قدم رهناً لضمان الدين فإن هذا الضمان لا ينتقل مـــع الديـــن المحـــال به إلا برضا الكفيل (المادة ٢/٣١٨ مدنى) وذلك لأن المشـــرع الوضـــعى قد رأى ــ وبحق ــ أن الكفيل حينما يتقدم لضمان دين معين ، فإنه يفعل ذلك فى الأساس مراعاة منه لشخص المدين ذاته ، وتقديراً منه لثقته فيه ، فإن تغير المدين كان فى حل من أن يستمر محملاً بالضمان ، ما لم يرتضه .[2]

٧٥٢- ثـانيـاً : الدفــوع :

يترتـــب على أن حوالة الدين تنقل الدين ذاته من المدين إلى المحال علـــيه أن هـــذا الدين ينتقل بدفوعه ، والدفوع التى يستطيع المحال عليه أن يتمسك بها فى مواجهة الدائن ثلاثة :

١ – الدفـــوع الـــتى كان للمدين الأصلى أن يتمسك بها فى مواجهة الدائن ، وذلك كالدفع ببطلان العقد الذى ولد الالتزام لعدم مشروعية محله أو سببه ،

---

(١) أ.د عـــبد الرزاق السنهورى المرجع السابق فقرة٣٣٢ ، ص٥٩٣، أ.د محمود جمال الدين زكى: المرجع والمكان السابقان، والمادة ١/٣٤٨ من التقنين المدنى العراقى ، ويـــنظر عكس ذلك : أ.د عبد الودود يحيى : فى رسالته السابقة ص ٢٧٣ ، ٢٧٤ حيـــث يقـــول ســـيادته : (والـــرأى الذى كان سائداً فى اللجنة الثانية للقانون المدنى الألمانى هو أن الحق فى الحبس لا يبقى بعد الحوالة ، وذلك لأنه يبنى على الرابطة الـــتى توجد بين الالتزامات المتقابلة فى عقد تبادلى ، فإذا قبل الدائن مديناً جديداً بدل مدينه الحالى ، فإنه بهذا يقبل انحلال الرابطة التى توجد بين حقه والالتزام الذى عليه للمديـــن ، ويتنازل بهذا عن الحق فى الحبس . إن الحق فى الحبس يفترض الترابط بيـــن الالتزامين المتقابلين ، والحوالة تؤدى إلى حل هذه الرابطة وبالتالى إلى سقوط الحق فى الحبس) .

(٢) أ.د الســـنهورى ، المـــرجع الســـابق فقـــرة ٣٣٣، ص٥٩٤، أ.دعبد الحى حجازى : مـــرجع ســـبق ذكـــره فقـــرة ١٩٠، ص١٣٥-١٣٦، أ.د عبد الفتاح عبد الباقى : فقـــرة ١٩٥، ص٢١٧، أ.د محمـــود جمـــال الديـــن زكى: فقرة ١٨٣، ص١٩٥، أ.د أحمد سلامة فقرة١٧٦، ص٢١٨.

وكالدفع بقابلية العقد للإبطال لعيب شاب رضا المدين مثلاً ، أو كالدفع بفسخ العقــد الــذى كــان مصــدراً للدين كأن يكون هذا الدين ثمنا حول إلى غير المشترى فإذا امتنع الدائن عن تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع أو بتسليمه إلى المديــن الأصــلى كــان من حق المحال عليه فى هذه الحالة أن يطلب فسخ البيــع .[1]

أو كالدفع بانقضاء الدين بأحد أسباب الانقضاء كالوفاء أو التجديد أو الإبــراء ويــتحقق هذا على وجه الخصوص عندما تنعقد الحوالة دون تدخل المديــن .

٢ – الدفــوع المستمدة من عقد الحوالة وذلك كالدفع ببطلان عقد الحوالة أو بقابليته للإبطال وذلك أن رجوع الدائن على المحال عليه يستند على الحوالة فــإذا كانــت باطلة أو قابلة للإبطال وقضى بإبطالها فإن أساس هذا الرجوع ينــتفى[2] وهذان النوعان من الدفوع التى يستطيع المحال عليه التمسك بهما فــى مواجهــة الدائن نصت عليهما المادة ٣٢٠ من التقنين المدنى بقولها : (للمحــال علــيه أن يتمسك قبل الدائن بالدفوع التى كان للمدين الأصلى أن يتمسك بها ، كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة) .

٣ – وللمحــال عليه – أخيراً – أن يتمسك قبل الدائن بالدفوع المستمدة من الــرابطة القانونــية التى تربطه بالمدين الأصلى إذا كانت هذه الرابطة هى السبب فى حوالة الدين ، وكان الدائن يعلم ذلك وذلك كما لو كان المحال عليه مديــناً للمحيل بثمن شئ اشتراه منه وأحال البائع عليه ديناً فى ذمته لدائن له مقــابل الثمــن ، أو كــان المبيع محلا تجاريا حولت الديون التى عليه إلى المشــترى ثــم فســخ البيع فى هذه الحالة أو تلك لإخلال البائع بالتزاماته ،

---

(١) أ.د السـنهورى : فقــرة ٣٣٥، ص ٥٩٧ ، أ.د عــبد الحــى حجازى: فقرة ١٩١، ص١٣٦، أ.د سليمان مرقس: فقرة ٣٣١، ص٦٦٩-٦٧٠.

(٢) أ.د السـنهورى : فقــرة ٣٣٦، ص٦٠١، أ.د عــبد الفــتاح عبد الباقى :فقرة ١٩٥ ، ص٢١٧، أ.د سـليمان مــرقس : فقــرة ٣٣١، ص٦٧٠،أ.د محمــد لبيب شنب :فقــرة ١٩٦، ص٢٢١ ، وأيضــا نقــض مدنــى فــى ١٩٨٠/٣/١٥ مجموعــة أحكام النقض السنة ٣١ رقم ١٧٢ ، ص٨٧١.

فـيجوز للمحال عليه ــ المشترى ــ فى الحالتين أن يتمسك قبل الدائن بفسخ البيع إذا كان هذا الأخير يعلم سبب رضائه بالحوالة ؛ إذ بفسخ البيع يكون قد تخلـف سـبب التزام المحال عليه بوفاء الدين[1] وقد كانت المادة ٤٥٣ من المشـروع التمهيدى تتضمن هذا الحكم إلا أنه حذف فى لجنة المراجعة لعدم ضرورته .[2]

٧٥٣ - المقارنـة بيـن الفقـه الإسـلامى والقـانون المـدنى :

إذا نظرنا إلى موقف كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى من اثر الحوالـة فى علاقة المحال بالمحال عليه لوجدناهما متفقين فى بعض الأحكام ومختلفين فى البعض الآخر:

* ففيما يتعلق بالدفوع نجد القانون المدنى يتفق والفقه الإسلامى فى بقاء هـذه الدفوع وانتقالها بالحوالة ، يستوى فى ذلك تلك الدفوع التى كان المدين الأصـلى(المحيل)يستطيع أن يتمسك بها قبل تمام الحوالة أو تلك التى نشأت عن العلاقة بين المحال عليه والمدين الأصلى (المحيل) [3] .

* أما بالنسبة للتأمينات أو الضمانات فإن القانون المدنى يتفق أيضا مع الفقه الإسلامى فيما يتعلق بالكفالة ، إذ يقرر كل منهما سقوطها بالحوالة حيث ينتقل الدين المحال به إلى ذمة المحال عليه غير مضمون بهذه الكفالة .[4]

*هـذا : وإذا كان القانون المدنى يتفق مع الفقه الإسلامى فيما تقدم ، إلا أنه يختلف معه فيما يتعلق بالتأمينات العينية حيث يقرر جمهور الفقهاء الإسلامى

---

(١) أ.د عـبد الـرزاق السـنهورى فقـرة ٣٣٧، ص٦٠٢-٦٠٣، أ.د محمـود جمال الدين زكى: فقرة ١٨٣ ، ص١٩٦.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣، ص ١٥٦.

(٣) ينظر: فقرة ٦٨٥ وفقرة ٦٨٩ من هذه الرسالة.

(٤) المـادة ٦٩٠ مـن مجلـة الأحكـام العدلية ، حاشية الشرقاوى على تحفة الطلاب جـ٣ ، ص٥٥٣، الاقـناع فـى حـل ألفـاظ أبـى شجاع جـ٢ ، ص٤٨ ، أ.د عـبد الـرزاق السـنهورى جـ٣، فقرة ٣٣٣، ص٥٩٤، أ.د عبد الحى حجازى مـرجع سـبق ذكـره فقـرة ١٩٠ ، ص ١٣٥-١٣٦ ، أ.د محمـود جمال الدين زكـى فقـرة ١٨٣، ص ١٩٥، أ.د عـبد الفـتاح عبد الباقى:فقرة ١٩٥،ص٢١٧، أ.د أحمد سلامة: فقرة ١٧٦، ص٢١٨.

سقوطها بالحوالة[1] بينما يرى القانون المدنى بقاءها مع الدين ضامنة له بعد الحوالة [2] وإن كان بعض[3] فقهاء القانون يرى سقوط الحق فى الحبس وعدم انتقاله وهو بذلك يكون موافقا للفقه الإسلامى.

المبحث الثالث

آثار حوالة الدين فى علاقة المحال عليه بالمحيل فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٧٥٤- ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول : آثار حوالة الدين فى علاقة المحال عليه بالمحيل فى الفقه الإسلامى.

المطلب الثانى: آثار حوالة الدين فى علاقة المحال عليه بالمحيل فى القانون المدنى.

* المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى.

المطلب الأول

آثار حوالة الدين فى علاقة المحال عليه بالمحيل فى الفقه الإسلامى

٧٥٥- إذا أدى المحال عليه الدين المحال به إلى المحال ، فهل يرجع المحال عليه على المحيل بما أدى؟ وإذا قلنا بالرجوع فبم يرجع ؟ وما أثر إبطال الدين الذى قيدت به الحوالة على التزام المحال عليه ؟

سنتكلم — إن شاء الله تعالى — عن كل نقطة من هذه النقاط ، وذلك فيما يلى :

---

(١) حاشية الشرقاوى على تحفة الطلاب جـ٣، ص ١٥٣ أسنى المطالب جـ ٢ ، ص ٢٣٢، الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع جـ٢، ص٤٨، الغرر البهية شرح منظومة البهجة الودرية جـ٥ ، ص ٤١١.

(٢) أ.د عبد الرزاق السنهورى : فقرة ٣٣٢ ص ٥٩١ ، أ.د محمود جمال الدين زكى : فقرة ١٨٣ ص ١٩٥ ، أ.د سليمان مرقس فقرة : ٣٢٠ ص ٦٦٨ ، أ.د محمد لبيب شنب : فقرة ١٩٦ ص ٢٢١ .

(٣) أ.د عبد الودود يحيى : فى رسالته السابقة ص ٢٧٣-٢٧٤.

٧٥٦ – حكم رجوع المحال عليه على المحيل بما أدى :

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه إذا أدى المحال عليه الدين المحال به إلى المحال فلا رجوع له على المحيل ، وذلك لأن الجمهور يشترطون فى الحوالة ثبوت دين للمحيل على المحال عليه[1] فكل ما يمكن تصوره فى هذا المقام أن ما يؤديه المحال عليه إلى المحال بحكم الحوالة يوفى به الدين الذى فى ذمته للمحيل .[2]

- أما الحنفية فيرونه أن المحال عليه إذا أدى الدين المحال به إلى المحال فإنه يحق له والحالة هذه الرجوع على المحيل بالشروط الآتية:

١ – أن تكون الحوالة قد تمت برضا المحيل أما إذا كانت الحوالة قد تمت بغير رضاه بأن انعقدت بين الدائن والمحال عليه مباشرة فلا يستطيع المحال عليه فى هذه الحالة أن يرجع عليه بما أداه للمحال لأنه فى هذه الحالة يكون متبرعا بالحوالة .[3]

٢ – أن يؤدى المحال عليه الدين المحال به إلى المحال ، سواء كان أداء فعلياً أو كان أداء حكمياً ، كما لو وهب المحال الدين للمحال عليه ، أو تصدق عليه به وقبلهما المحال عليه ، أو ورث المحال عليه الدين المحال به من المحال [4] لأن هذا يساوى ما لو أداه بالفعل ثم عاد إليه بسبب من أسباب

---

(١) شرح الزرقانى على مختصر خليل جـ٦ ،ص ١٧ ، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقى عليه جـ٣،ص ٣٢٥، المهذب للشيرازى جـ٢، ص١٤٣ ، الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع جـ٢ ، ص٤٦، المغنى لابن قدامة جـ٥ ، ص٥٧، رقم ٣٥٥٦، شرح منتهى الإرادات جـ٢ ، ص٢٥٩.

(٢) أ.د إبراهيم عبد الحميد: الحوالة ص ١٥٤.

(٣) البدائع جـ٦، ص١٩، البحر الرائق جـ٦، ٢٧٣ ، تبين الحقائق جـ٤، ص ١٧٣ والمادة ٨٧١ من مرشد الحيران وأيضا شرح المجلة لسليم رستم باز ص ٣٨٢.

(٤) البدائع جـ٦، ص١٩ وأيضا أ.د إبراهيم عبد الحميد : مرجع سبق ذكره ص ١٥٨، أما إذا أبرأ المحال المحال عليه فإنه لا يترتب على هذا الإبراء سوى براءة ذمة المحال عليه دون أن يكون لهذا الأخير حق الرجوع على المحيل وقد تكفل العلامة الكمال بن الهمام ببيان وجه الفرق بين الهبة والأرث ===

كسب الملكية فيكون له حق الرجوع على المدين.[1]

٣ – ألا يكـــون المحال عليه مدينا للمحيل بمثل دينه : فإن كان مدينا للمحيل فلا رجوع له عليه لأن الدينين يلتقيان قصاصا فيمتنع الرجوع إذ إنه لو رجع المحال عليه على المحيل بالدين المحال به فإن المحيل يرجع عليه أيضا بماله عنده فلا تتحقق فائدة ويكون الرجوع عبثا .[2]

٧٥٧- **ما يــرجــع بــه المحـــال علـيه على المحيل** : إذا أدى المحال عليه الدين إلى المحال سواء أكان أداء فعليا أم حكميا وتوافرت الشروط السابقة فإن المحال علـــيه يرجع على المحيل بالدين المحال به ، ولا يرجع عليه بما أدى فعلا ، وعلى ذلك " لو أحيل عليه بفضة وأعطى ذهبا يأخذ فضة وليس له أن يطالب بالذهـــب ، كذلك لو أداها بأموال وأشياء أخر فليس له إلا أخذ ما أحيل عليه من النقود " [3] .

ويســـتثنى من ذلك ما إذا صالح المحال عليه المحال على حقه بأقل مـــنه مـــن جنسه ، كما لو كان حقه مائة دينار فصالحه عنها بثمانين ، فإن المحـــال علـــيه فـــى هـــذه الحالة يرجع على المحيل بما أداه فعلا[4] (أى بالثمانين) .

٧٥٨- **أثـــر إبطـال الديـن الذى قيدت به الحوالة على التزام المحال عليه** : إذا بطل

=== وبيـــن الإبـــراء بقولـــه: (والفـــرق أن الهـــبة من أسباب الملك وكذا الارث فملـــك المحـــتال علـــيه مـــا فـــى ذمته بالهبة فهو كما لو ملكه بالأداء ولو أدى لا يـــرجع المحـــيل علـــيه فكـــذا إذا ملكـــه بالهـــبة ، بخلاف الإبراء فإنه فى الأصل موضـــوع الإســـقاط فـــلا يملـــك المحـــتال علـــيه ما فى ذمته وإنما خرج به عن ضـــمانه للمحـــتال ديـــنه وهـــو الشـــاغل لديـــن المحـــيل فبقى دين المحيل على المحـــتال علـــيه بلاشـــاغل فـــيرجع بـــه علـــيه). ينظر شرح فتح القدير جـــ٦، ص٣٥٤-٣٥٥ وأيضـــا حاشـــية الشـــلبى علـــى تبيـــن الحقائق جـــ٤،ص ١٧٤، البحر الرائق جـــ٦، ص٢٧٣.

(١) شـــرح فـــتح القديـــر جـــــ٦، ص٣٥٤ وأيضا: أ.د إبراهيم عبد الحميد مرجع سبق ذكره ص ١٥٨.

(٢) البدائع جـــ٦، ص١٩، أ.د إبراهيم عبد الحميد ص ١٥٤.

(٣) المادة ٦٩٨من مجلة الأحكام العدلية.

(٤) البحر الرائق جـــ٦، ص٢٧٣، شرح المجلة لسليم رستم باز ص ٣٨٢.

سبب الدين الذى للمحيل على المحال عليه ، كما لو أحال بائع لسلعة شخصا بديـــن له كان على البائع على مشترى هذه السلعة بثمنها ، فرد البيع بعيب ، أو استحق المبيع ، أو غير ذلك فهل تكون الحوالة صحيحة أو لا ؟

اختلف الفقهاء فى ذلك على رأيين :

٧٥٩- **الـرأى الأول** : وهو ما ذهب إليه ابن القاسم من المالكية[١] ، والشافعى فـــى مقابل الأظهر [٢] ووجه عند الحنابلة[٣] وقول عند الزيدية[٤] وجمهور الإمامـــية [٥] والإباضية [٦] إذا لم يذكر المحيل للمحال سبب الدين الذى على المحـــال عليه ، وهو أيضا رأى الحنفية [٧] إذا كانت الحوالة مطلقة أو كانت مقيدة ولكن سبب البطلان كان حادثا بعد الحوالة ، ويرون أن الحوالة فى هذه الحالـــة تظل صحيحة وبالتالى يلتزم المحال عليه بدفع الدين إلى المحال ، ثم يرجع به على المحيل .

وذلـــك لأن الحوالة من قبيل المعروف[٨] ولأن الدين كان لازما حين

---

(١) الشـــرح الكبـــير وحاشـــية الدســـوقى علـــيه جـــ٣ ، ص٣٢٩، شرح منح الجليل جــــ٣، ص٢٤١-٢٤٢ ، جواهـــر الإكلـــيل للأبـــى حـــ٢، ص١٠٩، مواهـــب الجليل جــ٥، ص٩٥.

(٢) الحـــاوى الكبـــير للمـــاوردى جــــ٦، ص٤٢٤، التهذيـــب فى فقه الإمام الشافعى جــــ٤، ص١٦٦، العزيـــز شـــرح الوجـــيز جــــ٥،ص١٣٤-١٣٥ ، مغـــنى المحـــتاج جـــ ٢ ص ٢٦٧ ، طـــبعة دار الفكـــر وفيه : (.. والثانى لا تبطل ، كمـــا لـــو اســـتبدل عـــن الثمـــن ثوبـــاً ، فإنـــه لا يبطل برد المبيع ، ويرجع بمثل الثمن) .

(٣) المغنى لابن قدامة جــ٥، ص٦٣رقم ٣٥٦٤.

(٤) البحر الزخار جــ٥، ص٦٩.

(٥) جـــامع المقاصـــد فـــى شـــرح القواعد جــ٥، ص٣٧١ وفيه : (ولو أحال البائع رجـــلا علـــى المشـــترى فالأقـــرب عدم بطلان الحوالة بتجدد الفسخ لتعلق الحوالة بغير المتعاقدين) . وأيضا الحدائق الناضرة جــ٢١، ص٦٠.

(٦) شرح كتاب النيل وشفاء العليل جــ٩، ص٣٩٢-٣٩٣.

(٧) المادة ٦٩٣ من مجلة الأحكام العدلية والمادة ٨٧٨ من مرشد الحيران وشرح المجلة لسليم رستم باز ص ٣٧٩-٣٨٠.

(٨) الشرح الكبير للدردير جــ٣، ص٣٢٩.

الحوالة فيلتزم المحال عليه بدفعه للمحال ، ويرجع بعد ذلك به على المحيل[1]

٧٦٠- **الرأى الثانى** : وهو ما ذهب إليه الحنفية[2] فى الحوالة المقيدة إذا كان سبب البطلان حاصلاً قبل الحوالة ، وجمهور المالكية[3] ، والشافعى فى الأظهر [4] ، ووجه عند الحنابلة[5] ، والأصح عند الزيدية[6] ، واحتمال عند الإمامية[7] ، والاباضية[8] ، إذا ذكر المحيل للمحال سبب الدين الذى على المحال عليه ويرون أن الحوالة فى هذه الحالة تبطل وعلى الدائن أن يرجع على مدينه الأصلى (المحيل) .

واستدلوا على ذلك بأن الحوالة نوع أرفاق ومسامحة ، وإذا بطل الأصل بطل الإرفاق التابع له[9] ، أو على حد تعبير الشيعة الإمامية " لأن استحقاق المحتال فرع استحقاق المحيل وقد بطل استحقاق المحيل فيبطل

---

(١) شرح المجلة لسليم رستم باز ص ٣٧٩.

(٢) المادة ٦٩٣، من مجلة الأحكام العدلية والمادة ٨٧٨ من مرشد الحيران وشرح المجلة لسليم رستم باز ص ٣٧٩-٣٨٠ ، وإن كان الحنفية يرون أنه إذا كان المحال عليه قد أدى الدين قبل الاستحقاق إلى المحال فله أن يرجع به على المحيل ، بعكس الشافعية ومن معهم فإنهم يرون أن المحال عليه يرجع على من حصل له الوفاء وهو المحال ، ثم يرجع وهو بدوره على المحيل .

(٣) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقى عليه جـ٣، ص٣٢٩، مواهب الجليل جـ٥، ص٩٥-٩٦ ، شرح منح الجليل جـ٣،٢٤٢.

(٤) الحاوى الكبير جـ٦، ص٤٢٤، التهذيب للبغوى جـ٤، ص١٦٦، العزيز شرح الوجيز جـ٥، ص١٣٤ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٢٦٧ ، وفيه : (ولو أحال المشترى البائع بالثمن فرد المبيع بعيب ونحوه .. بطلت فى الأظهر ..) .

(٥) المغنى لابن قدامة جـ٥، ص٦٣ رقم ٣٥٦٤ ، الشرح الكبير على متن المقنع جـ٥، ص٦٣.

(٦) البحر الزخار جـ٥، ص٦٩.

(٧) جامع المقاصد فى شرح القواعد جـ٥، ص٣٧٢، الحدائق الناضرة فى أحكام العترة الطاهرة حـ٢١،ص ٦٠.

(٨) شرح كتاب النيل وشفاء العليل جـ٩، ص٣٩٤-٣٩٥.

(٩) التهذيب للبغوى جـ٤، ص١٦٦، العزيز شرح الوجيز جـ٥، ص١٣٤.

استحقاق المحتال " [1] .

كمـا استدل الحنفية على بطلان الحوالة إذا كان سبب بطلان الدين الذى قيدت به حاصلا قبل الحوالة بأن الدين كان غير لازم أثناء الحوالة وهم يشترطون فى محل الحوالة أن يكون لازما .[2]

٧٦١- **الترجيـــح** :

بعد عرض الآراء فى هذه المسألة أرى – والله أعلم بالصواب – أن الـرأى الثانى القائل ببطلان الحوالة فى هذه الحالة هو الراجح ، وذلك لأن الدين الأصلى هو سبب الحوالة وإذا بطل السبب بطل المسبب أما القول بأن الحوالة من قبيل المعروف فهى نعم كذلك ، ولكنها معروف من جانب المحال لا من جانب المحال عليه .[3]

المطلب الثانى

آثار حوالة الدين فى علاقة المحال عليه بالمحيل فى القانون المدنى

٧٦٢- يتعين التمييز فى علاقة المحال عليه بالمحيل بين ما إذا كانت الحوالة غير نافذة فى حق الدائن وبين ما إذا كانت نافذة ، ثم نشير إلى الحكم فيما إذا عرض للحوالة ما يبطلها وذلك على النحو التالى :

٧٦٣- **الحالة التى تكـون الحـوالة فيهـا غـير نافـذة فى حـق الدائـن :**

إذا كان قد سبق القول أن الحوالة قبل نفاذها فى حق الدائن لا يحدث فـيها أى تغيـير بالنسبة لعلاقة المحيل بالمحال ، إذ يظل المحيل هو المدين بالديـن ، ويكـون مـن حـق المحـال (الدائن) أن يتخذ فى مواجهته كافة الإجـراءات الـتى تكفل لـه الوفاء بالدين[4] إلا أن الأمر يختلف فى علاقة

---

(١) جـامع المقاصـد فـى شـرح القواعـد جــ٥،ص ٣٧٢، الحدائـق الناضرة فى أحكام العترة الطاهرة جـ٢١، ص٦٠.

(٢) شرح المجلة لسليم رستم باز ص ٣٧٩-٣٨٠.

(٣) ســهيل مـنح الجلـيل للشـيخ عليس جـ٣، ص٢٤٢ وهى مطبوعة بهامش شرح منح الجليل للمؤلف نفسه.

(٤) يراجع فقرة ٧٤٣ من هذه الرسالة.

المحيل بالمحال عليه إذ أن هذه الحوالة قبل إقرارها من قبل الدائن (المحال) أو بعد رفضها تنشئ التزاما على عاتق المحال عليه تجاه المحيل (المدين الأصلي) بأن يفي بالدين للدائن في الوقت المناسب الذي يكون في العادة وقت حلول الدين .(١)

فإذا لم يقم المحال عليه بالوفاء بالتزامه هذا كان من حق المدين الأصلي (المحيل) أن يرجع عليه بالتعويض وفقا للقواعد العامة.(٢)

بيد أن هذا الالتزام الذي يقع على عاتق المحال عليه لا يخول للمحيل حق مطالبة المحال عليه بأن يعمل على إبراء ذمته قبل الدائن بمجرد انعقاد الحوالة ، بل كل ما للمحيل بمقتضى هذا الالتزام أنه إذا طالبه الدائن قضائيا يكون له حق الرجوع على المحال عليه ليجنبه هذه المطالبة.(٣)

ومع ذلك يجوز لطرفي الحوالة الاتفاق على غير ذلك ، وذلك كالاتفاق على زوال الحوالة إذا رفضها الدائن ، أو على تعليق الحوالة على إقرار الدائن لها بحيث لا تنتج آثارها بينهما إلا بهذا الإقرار .(٤)

وهذا ما قررته المادة ١/٣١٧ مدني والتي تنص على أنه " ١ – ما

---

(١) أ.د عبد الرزاق السنهوري: فقرة ٣٣٤، ص٦١٣-٦١٤، أ.د محمود جمال الدين زكي:فقرة ١٨٥، ص١٩٧، أ.د سليمان مرقس فقرة ٢١٥، ص٦٦٠، أ.د أحمد سلامة فقرة ١٧٧، ص٢٢٠، أ.د عبد الفتاح عبد الباقي: فقرة ١٩٧، ص٢١٨.

(٢) أ.د السنهوري فقرة ٣٤٣، ص٦١٤، أ.د عبد الحي حجازي: فقرة ١١٦، ص١٣٣، أ.د أحمد سلامة فقرة ١٧٧،ص ٢٢٠.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣،ص ١٥٠، أ.د عبد الحي حجازي : المرجع والمكان السابقان.

(٤) أ.د السنهوري في الوسيط جـ٣،فقرة ٣٤٣، ص٦١٥، أ.د محمود جمال الدين زكي فقرة ١٨٥، ص١٩٨، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي: (من المسلم أن للمتعاقدين كامل الخيار في تحديد ما يترتب بينهما من الآثار بمقتضى تعاقد صريح فلهما أن يشترطا اعتبار الحوالة غير قائمة إلى أن يتم اقرارها ، كما أن لهما أن يشترطا اقتصار الحوالة على إنشاء مجرد التزام على عاتق المحال عليه بقضاء حق الدائن) ينظر : مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣، ص١٤٩.

دام الدائن لم يحدد موقفه من الحوالة إقرارا أو رفضا كان المحال عليه ملزما قبل المدين الأصلى بالوفاء للدائن فى الوقت المناسب ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك ويسرى هذا الحكم ولو رفض الدائن الحوالة.

علـــى أن الاتفـــاق بين المدين الأصلى (المحيل) والمحال عليه على الحوالـــة قد يكون اتفاقا ملزماً للجانبين ، كما لو باع المدين الأصلى للمحال عليه دارا وفى مقابل ثمنها يتحمل المحال عليه بدين فى ذمة البائع ، ففى هذه الحالـــة إذا لم يقم البائع (المحيل) بتسليم الدار أو بنقل ملكيتها إلى المشترى (المحـــال علـــيه) ، لم يكن لـــه أن يطالب المحال عليه بوفاء الدين المحال بـــه للدائـــن[1] وهـــذا ما قررته المادة ٢/٣١٧ مدنى التى تنص على أنه : " ٢ – على أنه لا يجوز للمدين الأصلى أن يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن ما دام هو لم يقم بما التزم به نحو المحال عليه بمقتضى عقد الحوالة " .

والواقـــع أن هذا الحكم ليس إلا تطبقا لفكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة فى كل عقد ملزم للجانبين .[2]

٧٦٤- الحالـة التـى تكـون الحـوالة فيهـا نافـذة فى حـق الدائـن :

إذا قامـــت الحوالة نافذة فى حق الدائن[3] أو صارت كذلك بإقراره[4] فإن المحال عليه يكون ملتزماً فى مواجهته بالدين المحال به ، وتبرأ منه ذمة المديـــن الأصلى (المحيل) وفى هذه الحالة يكون المدين الأصلى قد أفاد من الحوالة بمقدار الدين المحال به ، لأن المحال عليه يكون كأنه قد أدى للمدين

---

(١) مجموعـــة الأعمـــال التحضـــيرية جـــ ٣، ص١٥٠ وأيضـــا أ.د السنهورى فقرة ٣٤٥، ص٦١٨، أ.د عـــبد الحـــى حجـــازى فقـــرة ١٨٦، ص١٣٣، أ.د محمـــود جمـــال الديـــن زكـــى فقـــرة ١٨٥، ص١٩٨، أ.د ســـليمان مـــرقس فقرة ٣١٥، ص٦٦٠، أ.د أحمد سلامة فقرة ١٧٧، ص٢٢٠.

(٢) أ.د محمـــود جمـــال الديـــن زكـــى: فقـــرة ١٨٥، ص١٩٨، أ.د أحمد سلامة: فقرة ١٧٧، ص٢٢٠.

(٣) وهـــى حالـــة مـــا إذا تمـــت الحوالة باتفاق بن الدائن والمحال عليه دون تدخل من المحيل .

(٤) وذلـــك فـــى حالـــة مـــا إذا تمـــت الحوالـــة باتفـــاق بين المدين الأصلى (المحيل) والمحال عليه.

الأصلى التزاما بقيمة الدين المحال به .

على أن المحال عليه إذا قام بأداء الدين إلى الدائن فإنه قد يقصد بذلك أن يــؤدى هذه القيمة على سبيل القرض وفى هذه الحالة يرجع على المدين الأصلى (المحيل) بما أقرضه إياه طبقا لشروط القرض الذى تم بينهما كما قد يقصــد المحال عليه بذلك أن يفى للمدين الأصلى بدين ترتب فى ذمته قبله ، ففى هذه الحالة تبرأ ذمة المحال عليه من هذه الدين بمجرد قيام الدين المحال بـــه فى ذمته للدائن وقبل الوفاء بهذا الدين ، كما قد يقصد المحال عليه بذلك أن يتـــبرع للمديـــن الأصلى بقيمة الدين الذى تحمل عنه به وفى هذه الحالة تكون العلاقة بينهما علاقة تبرع تطبق بشأنها القواعد العامة فى التبرع .

والأمـــر كله متعلق بنية الطرفين فقد تنصرف إلى غير ذلك [1] وقد يشترط المحال عليه الرجوع على المدين الأصلى (المحيل) بما التزم به نحو الدائن حتى ولو كان فى ذمته للمدين الأصلى دين يصلح للمقاصة .[2]

٧٦٥- حالة إبطال الحوالة :

إذا عـــرض لحوالـــة الدين ما يبطلها فإن التزام المحال عليه بالدين المحـــال بـــه نحـــو الدائن يزول بزوال الحوالة ويعود الدين إلى ذمة المدين الأصـــلى بجمـــيع توابعـــه ، ويقتضى الدائن من المحال عليه أو من المدين الأصـــلى تعويضا فى مقابل ما لحقه من الضرر إما بسبب فقد تأمينات سبق ترتيـــبها ، وإما لأى سبب آخر ، ما لم يثبت المحال عليه أو المدين الأصلى أنه لا يد له فى إبطال الحوالة .

ومتى أبطلت الحوالة وعاد الدين المحال به إلى ذمة المدين الأصلى فـــلا يكـــون للمحال عليه أن يرجع على المدين الأصلى ، ذلك أن حقه فى الـــرجوع إنما كان قائماً على أساس التزامه بالدين المحال به نحو الدائن وقد

---

(١) مجموعـــة الأعمـــال التحضـــيرية جـــ ٣، ص١٥٠-١٥١، أ.د الســـنهورى:فقرة ٣٤٨، ص٦٢٠-٦٢١، أ.د عـــبد الحـــى حجـــازى فقـــرة ١٨٦، ص١٣٣، أ.د محمـــود جمـــال الديـــن زكـــى : فقـــرة ١٨٥، ص١٩٨، أ.د أحمـــد ســـلامة : فقرة ١٧٨، ص٢٢٠.

(٢) أ.د السنهورى : فقرة ٣٤٨، ص٦٢١.

زال هذا الالتزام بإبطال الحوالة فزال تبعاً لذلك حقه فى الرجوع .[1]

٧٦٦ **المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى :**

إذا نظرنا إلى موقف كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى فيما يتعلق بأثر الحوالة فى علاقة المحال عليه بالمحيل لوجدناهما متفقين فى بعض الأحكام ، ومختلفين فى البعض الآخر :

* فيتفق القانون المدنى مع الفقه الإسلامى فى أنه إذا قام المحال عليه بأداء الدين المحال به إلى الدائن " المحال " فإنه يحق له الرجوع على المدين الأصلى " المحيل " بما أداه ، وذلك بشرط ألا يكون المحال عليه مديناً للمحيل بمثل ما أدى ، فإذا كان مديناً بذلك فلا يرجع على المحيل ؛ لأن الدينين – هاهنا – يلتقيان قصاصاً ، إذ إنه لو رجع المحال عنده فى هذه الحالة على المحيل بالدين المحال به فإن المحيل يرجع عليه أيضاً بما له عنده ، فلا تتحقق فائدة ، ويكون الرجوع عبثاً . [2]

غير أنه فى القانون المدنى يجوز للمحال عليه أن يشترط الرجوع على المدين الأصلى "المحيل" بما وفاه للدائن " المحال " حتى ولو كان المحال عليه مديناً للمحيل .[3]

* وإذا كان القانون المدنى يتفق مع الفقه الإسلامى فيما تقدم إلا أنه يختلف عنه فى أنه يرتب أثراً على حوالة الدين قبل إقرار الدائن لها ، إذ إن هذه الحوالة قبل إقرارها من قبل الدائن – وكذا إذا رفضها – تنشئ التزاماً على عاتق المحال عليه فى مواجهة المدين الأصلى – المحيل – بأن يفى بالدين فى الوقت المناسب ، الذى غالباً ما يكون وقت حلول الدين [4] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٣، ص١٥١، أ.د السنهورى :فقرة ٣٥٠، ص٦٢٥.

(٢) وذلك أخذاً بما جرى عليه الحنفية ، ينظر : البدائع جـ ٦ صـ ١٩ ، ويراجع فقرة ٦٩٣ من هذه الرسالة .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٣، ص١٥١، أ.د السنهورى :فقرة ٣٥٠، ص٦٢٥.

(٤) أ.د عبد الرزاق السنهورى :فقرة ٣٣٤ ، ص٦١٣ ، ٦١٤ ، أ . د عبد الحى حجازى فقرة ١٨٦ صـ ١٣٢ ، ١٣٣ ، أ . د محمود جلال الدين زكى : فقرة ١٨٥ صـ ١٩٦ ، أ . د سليمان مرقس : فقرة ٣١٥ صـ ٦٦٠ ، ==

أما الفقه الإسلامي فلا يرتب على حوالة الدين أثراً قبل رضاء الدائن " المحـال " بالحوالـة[1] إذا إن هذه الحوالة قبل رضاء الدائن " المحال " بها تكـون موقوفة على إجازته [2] ، ومعلوم أن العقد الموقوف لا تترتب عليه آثاره إلا إذا أجازه من يملك إجازته ، فإذا لم توجد هذه الإجازة بطل العقد ، وأصبح كأن لم يكن .[3]

- علـى أن الفقه الإسلامي فى تنظيمه هذه المسألة كان أكثر إحاطة ، ودقة ، وشمولاً من القانون المدنى ، إذ انفرد الفقه الإسلامي ببيان ما يـرجع به المحال عليه على المدين الأصلي " المحيل " ، إذا ما أدى الديـن إلـى الدائن " المحال " [4] ، كما انفرد ببيان أثر إبطال الدين الـذى قيدت به الحوالة على التزام المحال عليه [5] ، وهذا يدل على عظمـة الفقه الإسلامي ، وأصالته ، وفضله على النظم الوضعية فى تنظيم حوالة الدين .

== أ . د عـبد الفـتاح عـبد الـباقى : فقرة ١٩٧ صـ ٢١٨ ، والمادة ٤١٥ / ٣ مـن التقنيـن المدنـى الألمـاني إذ تقول : (مادام الدائن لم يقر الحوالة اعتبر المحـال علـيه عـند الشـك ملزماً قبل المدين الأصلى بأن يقوم بالوفاء إلى الدائن فـى الوقـت المناسـب ويتـبع نفس الحكم عند رفض الدائن إقرار الحوالة) أ . د عـبد الحـى حجـازى : فقـرة ١٨٦ صـ ١٣٣ ، وكـذا المادة ١/٣١٧ من القانون المدنى المصرى .

(١) ويـنحو هـذا الـنحو مـن القوانيـن الوضـعية : التقنين المدنى اللبنانى فى المادة ٢٨٧ ، وأيضـاً التقنيـن المدنـى الصـينى فـى المادة ٣٠٢ . ينظر : أ . د عبد الحى حجازى : مرجع سبق ذكره فقرة ١٨٦ صـ ١٣٢ .

(٢) يراجع فى اشتراط رضا الدائن بالحوالة فقرة ٥٩٩ من هذه الرسالة ، وفى ترجيح هذا الاشتراط فقرة ٦٠٤ .

(٣) أ . د محمـد مصـطفى شـلبى : المدخـل فى التعريف بالفقه الإسلامى : مرجع سبق ذكره صـ ٥٠٥ .

(٤) يراجع آنفاً فقرة ٧٥٧ من هذه الرسالة .

(٥) يراجع آنفاً فقرة ٧٥٨ من هذه الرسالة .

الباب الخامس

أهم التطبيقات المعاصرة للتصرف فى الديون

ويشتمل على أربعة فصول :

الفصل الأول: التعامل بالسندات.

الفصل الثانى: خصم الأوراق التجارية وتحصيلها.

الفصل الثالث: تظهير الأوراق التجارية.

الفصل الرابع: التحويلات الداخلية والخارجية.

الباب الخامس

أهم التطبيقات المعاصرة للتصرف فى الديون

تمهـــيد وتقســـيم :

توجــد كثـــير من المعاملات المالية المعاصرة يمكن أن تخرج على أســـاس قواعـــد التصرف فى الديون ، ونظراً لكثرة هذه المعاملات ، سوف نتناول فى هذا الباب بعضاً منها ، وهى التعامل بالسندات ، وخصم الأوراق الـــتجارية وتحصـــيلها ، وتظهـــير الأوراق التجارية ، والتحويلات الداخلية والخارجية ، وذلك فى فصول أربعة:

الفصل الأول : التعامل بالسندات.

الفصل الثانى : خصم الأوراق التجارية وتحصيلها.

الفصل الثالث : تظهير الأوراق التجارية.

الفصل الرابع : التحويلات الداخلية والخارجية.

الفصل الأول

التعامل بالسندات

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: حقيقة السند وموقف الفقه الإسلامى من التعامل به.

المبحث الثانى: بعض البدائل الشرعية للسندات.

المبحث الأول

حقيقة السند وموقف الفقه الإسلامى من التعامل به

٧٦٧ – ويشتمل على مطلبين :

المطلب الأول : فى بيان حقيقة السندات .

المطلب الثانى : موقف الفقه الإسلامى من التعامل بالسندات .

المطلب الأول

بيان حقيقة السندات

٧٦٨ – **أولاً : تعريف السندات** :

السندات هى تلك الصكوك المتساوية القيمة القابلة للتداول ، غير القابلة للتجزئة التى تصدرها الشركات ، أو الحكومة وفروعها ، عن طريق الاكتتاب العام وتمثل قروضاً بحيث يعد حاملها دائناً للجهة التى أصدرتها ، الأمر الذى يخول له الحق فى استيفاء قيمتها فى ميعاد استحقاقها ، علاوة على الفائدة (١) .

---

(١) ينظر فى هذا المعنى: أ.د عبد العزيز الخياط: الأسهم والسندات من منظور إسلامى ، ص ٥٠ ، الناشر: مؤسسة دار السلام – القاهرة ، سنة ١٩٨٩م ،ولسيادته أيضاً: الشركات فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى ، جـ٢ ، ص ١٠٢ ، ١٠٣ ، الناشر: مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة الرابعة ، سنة ١٤١٤هـ – ١٩٩٤م. أ.د محمد بشير عليه: القاموس الاقتصادى: ص ٢٥٩ ، الناشر: المؤسسة العربية للدراسات والنشر ، بيروت ، ===

٧٦٩ – ثانياً : خصائص السندات :

للسندات خصائص تميزها أهمها ما يأتى :

١ – تمثل هذه السندات ديناً على الشركة ، أو الجهة التى أصدرتها ، بحيث إذا أفلست أو قامت بأعمال تضعف التأمينات الخاصة الممنوحة من قبلها لحاملى هذه السندات سقط أجل الدين ، واشترك حاملوا هذه السندات مع باقى الدائنين للشركة [(١)] .

٢ – يستوفى حامل السند فائدة ثابتة ، سواء ربحت الشركة ، أم خسرت ، ويجوز أن يشترط حامل السند نسبة مئوية من الأرباح ،ولا يعد مساهماً ، لأنه لا يحق له التدخل فى إدارة الشركة.

٣ – لحامل السند حق الأولوية فى استيفاء قيمة السند عند التصفية قبل السهم .

٤ – لا يشترك حامل السند فى الجمعيات العامة للمساهمين ، ولا يكون لقراراتها أى تأثير بالنسبة له ، إذ لا يجوز للجمعية أن تعدل التعاقد ، ولا أن تغير ميعاد استحقاق الفوائد .

٥ – قرض السند يكون فى العادة طويل الأجل .

٦ – يكون السند قابلاً للتداول كالسهم .

٧ – قرض السند قرض جماعى ، فالشركة لا تتعاقد مع كل مقرض على حدة ، ولكن تتعاقد مع مجموع المقرضين ، لأن القرض مبلغ إجمالى ، مقسم إلى أجزاء متساوية هى السندات[(٢)] .

===الطبعة الأولى ، سنة ١٩٨٥م ، أ.د محمد عبد الغفار الشريف: أحكام السوق المالية ، وهو بحث ضمن مجموعة أبحاث لسيادته بعنوان بحوث فقهية معاصرة ، ص ٦٦ ، الناشر دار ابن حزم ، بيروت ، الطبعة الاولى، سنة ١٤٢٠هـ – ١٩٩٩م ، أ.د محمد عثمان شبير : المعاملات المالية المعاصرة فى الفقه الإسلامى ، ص ٢١٦ ، الناشر: دار النفائس ، عمان – الأردن ، الطبعة الثالثة ، ١٤١٩هـ – ١٩٩٩م.

(١) أ.د عبد العزيز الخياط: مرجع سبق ذكره ، جـ٢ ، ص ١٠٢ ،الأستاذ أحمد محيى الدين حسن: عمل شركات الاستثمار الإسلامية ، ص ١٠١ ، طبعة بنك البركة الإسلامى ، البحرين ، الطبعة الأولى ، سنة ١٤٠٧هـ.

(٢) أ.د عبد العزيز الخياط: مرجع سبق ذكره ، جـ٢ ، ص ١٠٢ ، الأستاذ أحمد محيى الدين حسن: مرجع سبق ذكره ، ص ١٠١. أ.د محمد ===

٧٧٠ – **ثالثاً : حقــوق حـاملى السـندات :**

لحامل السند حقان أساسيان :

١ – الحصول على الفائدة قانونية فى المواعيد المتفق عليها ، سواء أربحت الشركة ، أم خسرت.

٢ – استيفاء قيمة السند فى الأجل المضروب.

ومــا عــدا ذلــك فله كافة حقوق الدائنين تجاه مدينهم ،وفقاً للأحكام القانونية[1].

٧٧١ – **رابعاً : طـريقـة إصـدار السـندات :**

الإصـــدار هــو العملــية التى تمكن الشركة من طرح سنداتها على الجمهور ، ويتم ذلك بطريق الاكتتاب العام ، ويكون عادة بواسطة البنوك ، وتعلن الشركة كل المعلومات المتعلقة بالسندات ، وأهمها الوفاء بالمبلغ الذى تعهد به ، ومقدار الفائدة القانونية[2] .

٧٧٢ – **خـامسـاً : أنـواع السـندات**[3] :

للســـندات أنـــواع كثيرة ، إلا أنه على كثرة أنواعها فإنه من الممكن

=== عــبد الغفــار الشــريف: مــرجع سبق ذكره ، ص ٦٦ ، ٦٧ ، أ.د محمد رواس قلعــة جــى : المعــاملات المالــية المعاصــرة فى ضوء الفقه الإسلامى ، ص ٦٨ ، الناشــر دار الــنفائس ، عمــان ، الأردن ، الطــبعة الأولــى ، ســنة ١٤٢٠هـــ – ١٩٩٩م. محمــود عــبد الكــريم إرشــيد: الشــامل فى معاملات وعملــيات المصــارف الإســلامية ، ص ٢١٨ ، ٢١٩ ، الناشــر دار الــنفائس ، عمان ، الأردن ، الطبعة الأولى ، سنة ١٤٢١هــ – ٢٠٠١م.

(١) أ.د عــبد العزيــز الخــياط: مــرجع سبق ذكره ، جــ٢ ، ص ١٠٦ ، أ.د محمد عبد الغفار الشريف: مرجع سبق ذكره ، ص ٦٧.

(٢) المرجعان السابقان: الموضع نفسه.

(٣) أ.د محمــد حلمــى عيســى: الســندات فــى مــيزان الفقه الإسلامى: وهو بحث منشــور فــى مجلــة الشــريعة والقــانون الــتى تصدرها كلية الشريعة والقانون بالقاهــرة ، العــدد الــرابع والعشــرون ، جـــ٣ ، ص ٣٨٥ : ٣٨٩ ، أ.د عبد العزيــز الخــياط: مــرجع ســبق ذكــره ، جـ٢ ، ص ١٠٤ ، ١٠٥ ،أ.د محمد عــبد الغفــار الشــريف: مــرجع سبق ذكره ، ص ٦٨ ، أ.د محمد عثمان شبير: مــرجع ســبق ذكــره ،ص٢١٨ ، ٢١٩. محمــود عبد الكريم إرشيد: مرجع سبق ذكره ، ص ٢٢١.

إدراجها تحت نوعين أساسيين:

الأول : سندات حكومية.

الثانى : سندات شركات.

٧٧٣ – **فأمـــا السندات الحكومية** : فهى وإن كانت تشترك مع السندات غير الحكومـــية فى خصائص واحدة إلا أنها تختلف عنها فى كونها مضمونه من الحكومة.

٧٧٤ – **وأما ســندات الشركات** : فهى تنقسم إلى أنواع جديدة أهمها خمسة أنـــواع :

١ – **الســـــندات العاديـــة** : وهى الصكوك التى تصدر بقية اسمية محدودة يتعين على المكتتب دعها كاملة ، ويحصل خلال مدة القرض على فوائد ثابتة ، فضلاً عن اقتضاء قيمة السند كاملة عند نهاية مدة القرض.

٢ – **الســـــندات المستحقـــة الوفـــاء بعـــلاوة إصـــدار**: وهى سندات يتم إصـــدارها بـــأدنى من قيمتها الاسمية ، إلا أن الشركة المصدرة تلتزم بدفع القـــيمة الاسمية كاملة عند الوفاء بقيمة السند ، ويطلق على الفرق بين القيمة الاســـمية للســـند ،ومـــا يتم تحصيله من صاحب السند " علاوة إصدار " أو " عـــلاوة وفـــاء " ، وذلك بالإضافة إلى الفائدة الثابتة ، والتى لا تدفع بصفة دوريـــة ، وإنما يتم دفعها جملة واحدة فى نهاية مدة القرض ، والتى غالباً ما تكون نسبتها أدنى منها فى السندات العادية.

٣ – **السندات ذو النصيب** : وهذا النوع من السندات يتيح لصاحبه الحصول – عـــلاوة علـــى الفوائد الثابتة المستحقة سنوياً – على جائزة مالية كبيرة ، وذلك بدخول السند فى السحب الذى يجرى للحصول على الجائزة .

وتقصد الشركات من إصدار مثل هذه السندات تشجيع الجمهور على الاكتتاب فى سنداتها ، ومن أمثلة هذا النوع من السندات فى مصر (سندات البنك العقارى) .

٤ – **الســـندات القابلـــة للتحويل إلى أسهم** : وهذا النوع من السندات يعطى لحامله الحق فى أن يستبدل بها عدداً من الأسهم العادية التى تصدرها الشركة إذا رغب فى ذلك ، وغالباً ما تعطى للمساهمين فى الشركة الحق فى أولوية

الاكتتاب فى هذه السندات .

ويشترط لتحويل هذه السندات إلى أسهم مراعاة القواعد المقررة لزيادة رأس المال ومضى مدة معينة من تاريخ إصدار هذه السندات ، ويتم تحديد هذه المدة من قبل الشركة المصدرة للسندات ، وتكون أحد بيانات نشرة الاكتتاب.

٥ – **السندات المضمونة** : وهذا النوع من السندات يصدر بقيمته الاسمية كالسند العادى تماماً ، ويعطى لصاحبه الحق فى الحصول على فائدة ثابتة ، إلا أن هذه السندات تكون مضمونة بضمان يقرر لها ، وهذا الضمان قد يكون شخصياً ، ككفالة أحد البنوك للشركة ، وقد يكون عينياً ، كما لو قرر لحاملى هذه السندات رهن رسمى على عقارات وموجودات الشركة .

وتلجأ الشركة إلى إصدار مثل هذه السندات إذا كانت بحاجة إلى اجتذاب رجال المال لإقراضها ، لكى تتلافى سوء أحوالها المادية [١] .

هذا أهم أنواع السندات من حيث حقوق أصحابها ، ولكن قد تتنوع من حيث الشكل إلى نوعين[٢] .

الأول : سندات لحاملها : وهى تلك السندات التى لا يذكر عليها اسم الدائن ، ويتعهد محررها بدفع مبلغ معين من النقود فى تاريخ معين ، أو بمجرد الاطلاع لمن يحمل هذه السندات ، فهى تعد من قبيل المنقولات المادية ، وتسرى بشأنها قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية.

الثانى : سندات اسمية: ويذكر فيها اسم الدائن ، وتنتقل حيازتها من طرف لآخر من خلال تداولها فى سوق الأوراق المالية.

٧٧٥ **سادساً** : **الألفاظ التى تطلق على السندات** :

يطلق على السندات عدة ألفاظ منها :

١ – **شهادات استثمار**: يطلق على السندات التى تصدرها بعض البنوك

---

(١) أ.د محمد عبد الغفار الشريف: مرجع سبق ذكره ، ص ٦٨.

(٢) أ.د عبد العزيز الخياط: مرجع سبق ذكره ، جـ٢ ، ص ١٠٦ ، أ.د محمد عبد الغفار الشريف: مرجع سبق ذكره ، ص ٦٩ ، أ.د محمد حلمى عيسى: مرجع سبق ذكره ، ص ٣٨٧ ، ٣٨٨.

الربوية شهادات استثمار، وهى أنوع ثلاثة :

أ – **شـــهادات اســـتثمار ذات طبيعة متزايدة (أ)** :وهى الشهادة التى يبقى فيها المال لدى البنك لفترة طويلة ، قد تمتد إلى عشر سنوات ، وتكون لـــه زيادة تصـــاعدية على المال ، والفائدة ، وفى النهاية يأخذ صاحب الشهادة ما دفعه والزيـــــادة .

ب – **شهادات استثمار ذات عائد جار أى بفائدة سنوية (ب).**

ج – **شـــهادات اســـتثمار ذات قـــيمة متزايدة ، ويجرى عليها السحب (جــ):** وتعطى جوائز لحملة الشهادات الفائزة .

٢ – **أذونـــات الخزينة (أذون الخزانة)** : وهى عبارة عن سندات تصدرها الحكومـــة لأجل قصير ــ وهو فى العادة ثلاثة أشهر ــ وتطرحها للاكتتاب فـــيها بطـــريقة العطاءات ، وتتمتع هذه الأذونات بدرجة عالية من السيولة ، لأنهـــا قصـــيرة الأجـــل ، ومضمونة لأن البنك المركزى على استعداد دائم لـــتحويلها إلى نقود عن طريق إعادة خصمها ، ولهذه الاعتبارات تقبل عليها البنوك التجارية رغم ضآلة ما تدره من دخل[1] .

المطلب الثانى

موقـف الفقـه الإسـلامى من التعـامل بالسـندات

٧٧٦– تبين لنا مما سبق أن السندات هى عبارة عن صكوك متساوية القيمة ، تمـــثل ديـــناً فى ذمة الشركة ، أو الجهة التى أصدرتها ، وأن مركز صاحب السند بالنسبة للشركة التى أصدرت السند هو مركز الدائن ، كما أن له الحق فـــى الحصـــول على الفوائد المستحقة سواء أحققت هذه الشركة أرباحاً ، أم منيت بخسائر .

٧٧٧ وبالـــنظر إلـــى هذه السندات نجد أنها عقد قرض مقابل فائدة يعطاها أصـــحاب هذه السندات فى مقابل الأجل ، وهذا هو عين ربا النسيئة المحرم

---

(١) أ.د محمد عثمان شبير: مرجع سبق ذكره ، ص ٢١٧ ، محمود عبد الكريم إرشيد: مرجع سبق ذكره ، ص ٢١٩.

بالكتاب ، والسنة ، والإجماع .

أمـــا من الكتاب الكريم : فقول الله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴾ (1).

فقـــد دلت هاتان الآيتان على أن أكل الربا من الكبائر ، وأن طريق الـــتوبة ، وسبيل الخلاص من ذلك يكون بأخذ رأس المال فقط ، والمقصود برأس المال هو أصله من غير زيادة (2) .

قـــال الجصـــاص : " إنـــه معلـــوم أن ربا الجاهلية إنما كان قرضاً مؤجـــلاً بزيادة مشروطة ، فكانت الزيادة بدلاً من الأجل ، فأبطله الله تعالى وحرمه " (3) .

وأمـــا السـنة : فأحاديث كثيرة منها ما روى عن جابر بن عبد الله ﷺ قـــال: " لعـــن رســـول الله ﷺ آكـــل الربا ،وموكله ، وكاتبه ، وشاهديه. وقال: هم سواء" (4) .

والـــزيادة المشروطة على أصل القرض تعد فى باب الربا ، فتدخل فى عموم هذا الحديث.

أما الإجماع : فقد أجمع العلماء على أن كل قرض شرط فيه الزيادة فهـــو حرام .

قـــال ابـــن قدامة : " وكل قرض شرط فيه أن يزيده فهو حرام بغير خـــلاف. قـــال ابن المنذر: أجمعوا على أن المسلف إذا شرط على المتسلف زيادة ، أو هدية ، فأسلف على ذلك أن أخذ الزيادة على ذلك ربا ... " (5).

---

(1) سورة البقرة ، الآيتان ٢٧٨ ، ٢٧٩.

(2) فتح القدير للشوكانى ، جـ١ ، ص ٣٢٩.

(3) أحكام القرآن للجصاص ، جـ١ ، ص ٥٦٦.

(4) صحيح مسلم بشرح النووى : كتاب المساقاه ، باب الربا ، جـ١١، ص ٢٢.

(5) المغـــنى لابـــن قدامـــة ، جـــ٤ ، ص ٥٩٤ ، طـــبعة دار الغـــد العربى ، بدون تاريخ.

وأمـــا المعقول : فإن عقد القرض عقد إرفاق وقربة ، فإذا شرط فيه الزيادة أخرجه عن موضوعه[١] .

وعلى ذلك يكون إصدار السندات بجميع أنواعها محرم شرعاً ، لأنها من قبيل القرض الذى شرطت فيه الزيادة [٢] .

٧٧٨ – وإذا كـــان هذا هو حكم إصدارها ، فإن حكم تداولها بالبيع لا يخرج عـــن هذا الحكم ، فهو حرام أيضاً ، لأن بيع هذه السندات، وإن كان يعد من بـــيع لديـــن لغير المدين ، وقد قال بعض[٣] الفقهاء بجواز بيعه ، إلا أنهم قد اشترطوا لهذا الجواز شروطاً من شأنه أن تبعده عن الربا.

إلا أن الـــربا متحقق فى بيع السندات ، إذ البدلان من النقود ، ومن المعلوم المقرر فى باب الصرف عدم جواز بيع النقود بجنسها مع التفاضل ، أو النســـاء ، وحـــتى عند اختلاف الجنس يجب التقابض ، وقد انتفى فى هذا البـــيع شـــرط التساوى ، والتقابض ، فتحقق فيه ربا الفضل والنساء فى قول سائر الفقهاء[٤].

وهـــذا ما قرره مجمع الفقه الإسلامى – المنبثق عن منظمة المؤتمر الإســـلامى – فـــى دورته السادسة المنعقدة فى جدة فى الفترة من ١٧ : ٢٣ شعبان ١٤١٠هـــ الموافق ١٤ : ٢٠ مارس سنة ١٩٩٠م ، وقد جاء فيه:

---

(١) المرجع السابق ، الموضع نفسه.

(٢) أ.د محمـــد عـــبد الغفـــار الشـــريف: مـــرجع سبق ذكره ، ص ٧٦ ، أ.د محمد عـــثمان شـــبير: ص ٢٢٥ ، أ.د محمـــد رواس قلعـــة جـــى: مرجع سبق ذكره ، ص ٦٧ ، أ.د محمـــد حلمـــى عيســـى: مـــرجع ســـبق ذكـــره ، ص ٣٩٥ ، أ.د نـــزيه حمـــاد: قضـــايا فقهـــية معاصـــرة فـــى المال والاقتصاد: مرجع سبق ذكـــره ، ص ٢١٠ ، محمـــود عـــبد الكـــريم إرشـــيد: مـــرجع سبق ذكره ، ص ٢٢٢.

(٣) يراجع آنفاً: فقرة ٢١٧ ، ٢١٨ من هذه الرسالة.

(٤) أ.د نـــزيه حمـــاد: مـــرجع ســـبق ذكره ، ص ٢١٠ ،القاضى محمد تقى العثمانى: بـــيع الديـــن والأوراق المالـــية وبدائلهـــا الشـــرعية. وهو بحث منشور فى مجلة مجمـــع الفقـــه الإســـلامى ، الـــدورة الحادية عشرة ،العدد الحادى عشر ، جـــ١ ، ص ٧٥ ، ٧٦ ، سنة ١٤١٩هـــ – ١٩٩٨م.

١ – إن السـندات التى تمثل التزاماً بدفع مبلغها مع فائدة منسوبة إليه ،أو نفـع مشـروط محرمة شرعاً من حيث الإصدار ، أو الشراء ، أو التداول ، لأنهـا قـروض ربوية ، سواء كانت الجهة المصدرة لها خاصة ، أو عامة ترتبط بالدولة ، ولا أثر لتسميتها شهادات ، أو صكوكاً استثمارية أو ادخارية ، أو تسمية الفائدة الربوية الملتزم بها ربحاً ، أو ريعاً ، أو عمولة ، أو عائداً.
٢ – تحـرم – أيضـاً – السندات ذات الكوبون الصفرى باعتبارها قروضاً يجرى بيعها بأقل من قيمتها الاسمية ويستفيد أصحابها من الفروق باعتبارها خصماً لهذه السندات.
٣ – كمـا تحرم – أيضاً – السندات ذات الجوائز باعتبارها قروضاً اشترط فيها نفع أو زيادة بالنسبة لمجموع المقترضين ، أو لبعضهم لا على التعيين ، فضلاً عن شبهة القمار " [1].

المبحث الثانى
بعض البدائل الشرعية للسندات

٧٧٩ – تمهيد :

إذا كـان قـد سـبق الذكر أن السندات التى تصدرها الحكومة ، أو الشـركات مـا هى إلا قروض بفائدة داخلة فى نطاق الربا الذى حرمه الله تعـالى. فـإن السؤال الذى يطرح نفسه فى هذه الحالة ، هو: هل لدى الفقه الإسـلامى مـن بديـل عـن هـذه السندات يخلص الحكومات ،والشركات والمستثمرين من هذه المخالفة الواضحة لشرع الله تعالى؟

وأسـارع بـالجواب فأقول: إن من يستقرئ منهج الشرع الإسلامى يجده مبنياً على التيسير ورفع الحرج ، وأن الله – سبحانه وتعالى – ما حرم أمراً ، إلا وكان للناس عنه غنى من ناحية كما أنه يوجد البديل عنه فيما هو أزكى ، وأطهر وأقوم.

---

(١) أ.د محمـد عـثمان شـبير: مـرجع سبق ذكره ، ص ٢٢٦ ، محمود عبد الكريم إرشيد: مرجع سبق ذكره ، ص ٢٢٢.

وعلـــى ذلك فسأقوم – بعون الله تعالى – بعرض بعض البدائل عن إصـــدار هــذه السندات ، سواء بالنسبة للسندات التى تصدرها الشركات فى حالـــة حاجــتها إلـــى زيادة رأس مالها ، أم بالنسبة للسندات التى تصدرها الحكومة فى حالة عجز ميزانيتها.

٧٨٠ – **أولاً : بديـل السـندات التى تصـدرها الشـركات :**

إن الشـــركات المســـاهمة قد تحتاج إلى زيادة رأس مالها لتزيد من قدرتها الإنتاجية[١]، فبدلاً من أن تصدر السندات ذات الفائدة المحرمة شرعاً ، فإنهـــا تقـــوم بإصـــدار ســـندات أو صكوك تقوم على أساس المشاركة ، أو المضاربة ، وهذه الصكوك لا تختلف فى طبيعتها عن الأسهم بما فيها التداول فـــى أســـواق المال ، ويتمتع حملتها بكل حقوق المساهم ،ويأخذ من الأرباح نصـــيباً لا يخـــتلف عن أنصباء من يملك من حملة الأسهم مثل حصته من الشركة ، ما عدا أن حامل الصك يتنازل عن حقه فى التصويت فى الجمعية العمومية ، وتلتزم الشركة بإعادة شراء هذه الصكوك بعد فترة محددة [٢].

٧٨١ – **ثانيـاً : بديـل السـندات التى تصـدرها الحـكومة :**

قد تحتاج الحكومة إلى المال لسد العجز فى ميزانيتها ، فبدلاً من أن تصـــدر السندات ذات الفائدة الربوية المحرمة ، فإنها يمكن لها أن تستعيض عن ذلك ببعض أدوات التمويل الشرعية ، ولعل أهم هذه الأدوات ما يلى:

١ – **ســـندات المشـــاركة ، أو المضاربة :** إن كثيراً من الحكومات قد يكون لديهـــا مشروعات تجارية تدر ربحاً ، كتوزيع الماء ، والكهرباء ، وخدمات الهـــاتف ، والبريد ، والسكك الحديدية والخطوط الجوية ، وهذه المشروعات قـــد تحـــتاج إلـــى تمويل : فبدلاً من أن تصدر السندات ذات الفائدة الربوية

---

(١) أ.د محمد عثمان شبير: مرجع سبق ذكره ، ص ٢٢٧ ، القاضى محمد تقى العثمانى: فى بحثه السابق ، ص ٨٨.

(٢) أ.د محمـــد علـــى القـــرى بـــن عيد: بيع الدين وسندات القرض وبدائلها الشرعية فـــى مجـــال القطـــاع العـــام والخـــاص ،وهـــو بحث منشور فى مجلة مجمع الفقه الإســـلامى ، العـــدد الحـــادى عشـــر ، ســـنة ١٤١٩هـــ ، ١٩٩٨ ، جـــ١ ، ص ٢٧٦ ، القاضى محمد تقى العثمانى فى بحثه السابق ، ص٨٨.

المحـــرمة شـــرعاً فإنهـــا تقـــوم بإصـــدار سندات المشاركة أو المضاربة (المقارضـــة) ، وكـــل مـــن يشترى سنداً من هذه السندات فإنه يكون شريكاً للمؤسســـة الـــتى أصدرته فى نشاطها التجارى ويستحق الربح بنسبة شائعة ،وهذه السندات قابلة للتداول لأنها تمثل حصة شائعة من موجودات المؤسسة كمـــا أن الحكومـــة تستطيع شراء هذه السندات لتصبح هذه المؤسسة مملوكة للدولة [1].

وهـــذا البديل قد نص عليه مجمع الفقه الإسلامى فى دورته السادسة المنعقدة فى جدة فى الفترة من ١٧ : ٢٣ شعبان ١٤١٠هـــ – الموافق ١٤ : ٢٠ مارس سنة ١٩٩٠م وقد جاء فيه:

" مـــن البدائل للسندات المحرمة – إصداراً ، أو شراءً ، أو تداولاً – الســـندات أو الصـــكوك القائمـــة على أساس المضاربة لمشروع ، أو نشاط اســـتثمارى معيـــن ، بحيث لا يكون لمالكيها فائدة ، أو نفع مقطوع ، وإنما تكـــون لهم نسبة من ربح هذا المشروع بقدر ما يملكون من هذه السندات أو الصكوك ، ولا ينالون هذا الربح إلا إذا تحقق فعلاً "[2].

٢ – **صـــــندوق تمويل الحـــكومـــة** : قد تحتاج الحكومة إلى المال لتمويل بعـــض المشـــروعات الخدمـــية لدعم القوات المسلحة ، وإنشاء المستشفيات العامـــــة ، أو المعـــاهد الدراسية ، وبدلاً من أن تصدر السندات ذات الفائدة المحـــرمة لكى تحصل على هذه الأموال اللازمة لتمويل هذه المشروعات ، فإنهـــا يمكن أن تقوم بتمويل هذه المشروعات بإنشاء صندوق خاص لتمويل الحكومـــة وهـــذا الصـــندوق يتكون بمساهمات عامة الناس ، ويصدر لهم

---

(١) أ.د محمـــد علـــى القـــرى بـــن عيد: فى بحثه السابق ، ص ٢٧٥، القاضى محمد تقـــى العـــثمانى: فـــى بحـــثه الســـابق ص ٨٩ ، أ.د ســـامى حسن حمود: بيع الديـــن وســـندات القـــرض وبدائلهـــا الشـــرعية فى مجال القطاع العام والخاص. وهـــو بحـــث منشـــور فـــى مجلـــة مجمع الفقه الإسلامى ، العدد الحادى عشر ، ســـنة ١٤١٩هـــ – ١٩٩٨م ، جـــ١ ، ص ٣٢٤ ، ومـــا بعدهـــا ، أ.د محمد عثمان شبير: المرجع السابق ، ص ٣٢٩ وما بعدها.

(٢) القرار موجود فى كتاب أ.د محمد عثمان شبير: سابق الذكر ، ص ٢٢٦.

صكوكاً تشهد بمساهمتهم فيه.

وهـذا الصـندوق يقـوم بتمويل المشروعات الحكومية على أساس المرابحة أو التأجير ، أو الاستصناع حسب طبيعة المشروع:

فمـثلاً : إذا احتاجت الحكومة إلى شراء أسلحة ، فإن هذا الصندوق يشـتريها من المصدرين ويبيعها إلى الحكومة مرابحة مؤجلة ، وإن احتاجت الحكومة ماكينة ، أو معدات أخرى ، فإن هذا الصندوق يشتريها ثم يؤجرها إلى الحكومة إما إجارة عادية ، أو منتهية بالتمليك ... وهلم جرا .

مع ملاحظة أن الربح الذى يتكون من خلال هذه العمليات المختلفة ، يوزع على حملة صكوك الصندوق[1].

٣ – **سـندات القرض بدون فائدة** : فبدلاً من أن تقترض الدولة من الناس بفوائد ربوية عن طريق إصدار سندات القرض ، فإنها يمكن أن تقترض من مواطنيها عن طريق إصدار سندات القروض بدون فائدة [2].

هـذا : وإذا كان من غير المعتاد أن تصدر سندات الاقتراض الحكومى علـى شكل قروض حسنة ، فلا تتضمن إلا التعهد برد القيمة الاسمية للسند لأنهـا ــ والحالـة هـذه ــ ستخلو من الحافز المادى الذى يدفع الناس إلى شرائها[3]. إلا أنه إذا علم عامة الناس أن الحكومة قد بذلت كل ما فى وسعها من الطرق المشروعة للحصول على التمويل ، وأنها فى حاجة حقيقية للمال من أجل إنفاقه على أغراض يرجع نفعها إلى المجتمع ، وليس لمجرد الترف والتـنعم فـإنهم ــ والحالة هذه ــ يكونون مستعدين لإقراض الحكومة بدون فائدة خصوصاً إذا أحدثت الحكومة جواً دينياً عن طريق التعليم والإعلام[4] ، ذلك أن تطبيق النظام الإسلامى كفيل بأن يخلق الحافز لدى الأفراد لإقراض الحكومـة قروضـاً لا فـائدة عليها ، لثقتهم بها ،واطمئنانهم إلى المستقبل ،

---

(١) القاضـى محمد تقى العثمانى: فى بحثه السابق ، ص ٩٠ ، ٩١ ، أ.د سامى حسن حمود : فى بحثه السابق: ص ٣٣١ ، ٣٣٢.

(٢) أ.د محمد عثمان شبير: ص ٢٢٧.

(٣) أ.د محمد على القرى بن عيد: فى بحثه السابق ، ص ٢٧٠.

(٤) القاضى محمد تقى العثمانى: فى بحثه السابق ، ص ٩٢.

ورغبتهم فى تحقيق التكافل الاجتماعى[1].

مع ملاحظة أن هذه السندات لا يجوز بيعها فى السوق بثمن أكثر أو أقل لعدم جواز بيع الدين بالتفاضل ، ولكن يجوز أن تسيل هذه السندات بمثل قيمتها على أساس الحوالة[2].

---

(١) العلامة أبو الأعلى المودودى: الربا ، ص ١٣٤ ، الناشر: مؤسسة الرسالة ، بيروت ، سنة ١٣٩٩هـ. أ.د محمد على القرى: فى بحثه السابق ، ص ٢٧١ ، أ.د محمد عثمان شبير: مرجع سبق ذكره ، ص ٢٢٧.

(٢) القاضى محمد تقى العثمانى: فى بحثه السابق ، الموضع نفسه.

الفصل الثاني

خصم الأوراق التجارية وتحصيلها

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: خصم الأوراق التجارية.

المبحث الثانى : تحصيل الأوراق التجارية.

المبحث الأول

خصم الأوراق التجارية

٧٨٢ – ويشتمل على أربعة مطالب:

المطلب الأول : المقصود بعملية الخصم وأهميتها.

المطلب الثانى : التكييف القانونى لعملية الخصم.

المطلب الثالث : الحكم الشرعى لعملية الخصم.

المطلب الرابع : البديل الشرعى لعملية الخصم.

المطلب الأول

المقصود بعملية الخصم وأهميتها

٧٨٣ – **أولاً: المقصود بعملية الخصم**[1] :

يقصد بعملية الخصم أن يقوم العميل بتظهير ورقة تجارية لم يحل أجلها لصالح البنك ، تظهيراً ناقلاً للملكية ، على أن يعطيه البنك قيمة هذه

---

(١) ينظر فى بيان المقصود بعملية خصم الأوراق التجارية: أ.د على البارودى: العقود وعمليات البنوك التجارية ، فقرة ٢٧٦ ، ص ٣٩٧ ، الناشر: منشأة المعارف بالإسكندرية ، بدون تاريخ ، أ.د سميحة القليوبى: القانون التجارى – عمليات البنوك – الأوراق التجارية ، ص ١٢٦ وما بعدها ، الناشر: مكتبة عين شمس ، بدون تاريخ ، أ.د هانى محمد دويدار: العقود التجارية والعمليات المصرفية ، ص ٢٥٥ ، ٢٦٢ – ٢٦٣ ، الناشر دار الجامعة الجديدة للنشر ، سنة ١٩٩٤م.

الورقة مخصوماً من هذه القيمة الأجر الذى يستحقه البنك عن هذه العملية ، وهذا الأجر يتكون من عناصر ثلاثة:

١. الفوائد المستحقة عن قيمة الورقة التجارية فى الفترة ما بين ميعاد عملية الخصم ، وميعاد الاستحقاق ، وتسمى هذه الفائدة بـ " سعر الخصم " ، ويختلف هذا السعر صعوداً ، وهبوطاً تبعاً للظروف الاقتصادية المختلفة ، مع ملاحظة أنه لا يجوز فى جميع الأحوال أن يزيد سعر الخصم على الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية (٧%) وفقاً لما تقتضى به المادة ٢٢٧ من التقنين المدنى.

٢. العمولة التى يتقاضاها البنك عن العملية ، وتقدر حسب قيمة الكمبيالة المخصومة، والأجل المتبقى حتى ميعاد الاستحقاق ، وقدر المخاطرة التى يتعرض لها البنك.

٣. مصاريف التحصيل : وهى المبالغ التى يقوم البنك بانفاقها نظير مطالبته بقيمة الورقة التجارية.

ويمكن أن توضح عملية الخصم بالمثال الآتى : " شخص له دين على آخر ، وحررت بهذا الدين كمبيالة أثبتت فيها قيمة الدين وأجله ، وليكن مثلاً ثلاثة شهور ، وأراد المستفيد من الكمبيالة ، وهو الدائن أن يستوفى قيمة هذه الكمبيالة قبل حلول أجلها لحاجته إلى نقود ، وهو لا يستطيع مطالبة المدين بالوفاء بقيمة الكمبيالة قبل ميعاد الاستحقاق ، فيلجأ إلى البنك ، فينقل إليه ملكية الورقة التجارية ، فى مقابل أن يدفع له البنك قيمة الورقة قبل موعد استحقاقها ، ولكن البنك لا يدفع له القيمة الاسمية – أى المثبتة فى الورقة التجارية – كلها ، بل يقتطع منها الفائدة ، والعمولة ، ومصاريف التحصيل " [1].

٧٨٤ – ثانياً : أهمية عملية الخصم :

تعد عملية الخصم مفيدة لكل من العميل والبنك.

---

(١) ينظر هذا المثال : فى رسالة أستاذنا الدكتور محمد هاشم محمود: النقود فى الشريعة الإسلامية ، ص ٦٧٥ ، ٦٧٦ ، وهى دكتوراه من كلية الشريعة والقانون ، سنة ١٤٠٦هـ – ١٩٨٥.

فبالنسبة للعميل : يستطيع – عن طريق خصم الورقة التجارية – أن يحصل على المبالغ اللازمة لمعاملاته التجارية فوراً دون الانتظار لحين حلول الأجل المحدد فى الورقة التجارية.

وبالنسبة للبنك: تعد هذه العملية ذات أهمية كبرى ، وذلك لأن البنك يتقاضى أجراً على هذه العلمية ، علاوة على أنه يستطيع – إذا احتاج إلى نقود قبل ميعاد استحقاقها – أن يعيد خصم الورقة التجارية فى بنك آخر ، أو فى البنك المركزى كما أن البنك يتمتع بكل حقوق الحامل الأخير للورقة التجارية فى مواجهة سائر الموقعين عليها[1].

المطلب الثانى

التكييف القانونى لعملية الخصم

٧٨٥ – اختلفت آراء[2] فقهاء القانون فى بيان التكييف القانونى لعملية الخصم إلى أربعة آراء سأذكرها بإيجاز :

٧٨٦ – **الرأى الأول** : ويرى أصحابه أن خصم الورقة التجارية يعد من قبيل القرض بضمان الورقة التجارية ، فالعميل يعطى الورقة التجارية للبنك ليحصل على النقود السائلة التى قد يكون فى حاجة إليها [3].

٧٨٧ – **الرأى الثانى** : ويرى أصحابه أن خصم الورقة التجارية هو حوالة

---

(١) أ.د علـى البارودى: المرجع السابق ، فقرة ٢٧٦ ، ص ٣٩٧ ، ٣٩٨ ، أ.د علـى جمال الدين عوض: عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، فقرة ٥٨٠ ، ص ٦٣٦ ، الناشر: دار النهضة العربية ، الطبعة الثالثة ، سنة ٢٠٠٠ ، أ.د سميحة القليوبى: مرجع سبق ذكره فقرة ٧٣ ، ص ١٢٦ ، أ.د هانى محمد دويدار: مرجع سبق ذكره ، ص ٢٥٣.

(٢) ينظر فى بيان الآراء التى قيلت فى التكييف القانونى لعملية الخصم: أ.د علـى جمال الدين عوض: مرجع سبق ذكره ، فقرة ٥٦٦ وما بعدها ، ص ٦٢٥ وما بعدها. أ.د علـى البارودى: مرجع سبق ذكره: فقرة ٢٧٧ ، ص ٣٩٨ ، ٣٩٩. أ.د هانى دويدار: ص ٢٥٦ وما بعدها.

(٣) أ.د عبد الرزاق السنهورى: الوسيط ، العقود التى تقع علـى الملكية ، ص ٤٣٦.

حـــق ، فالعميل يحول للبنك حقاً له قبل الغير ، ولما كانت الحوالة تصرفاً لا يكشف عن تصرف بذاته- إذ هى قد تغطى بيعاً ، أو قرضاً ، أو رهناً ، أو هـــبة – فإن أنصار هذا الرأى يقولون: إن الخصم هنا شراء من البنك لحق آجـــل بثمن عاجل ، وهذا الحق موضوع البيع قد يكونه هو الحق الثابت فى الورقة التجارية ، وقد يكون حقاً خارج العلاقة الصرفية لطالب الخصم ضد مدين موقع على الورقة[1].

٧٨٨ – **الـرأى الثالث** : ويرى أصحابه أن عملية الخصم إنما هى تظهير ناقل للملكـــية ، تحكم شروطه وآثاره قواعد قانون الصرف ، وأنه لا حاجة لبيان طبيعة عملية الخصم إلى البحث عن السبب فى هذا التظهير هل هو قرض ، أو حوالـــة حـــق ، لأنه يكفى أن يكون هذا السبب موجوداً ومشروعاً ، وأن تكـــون بـــيانات التظهـــير الناقل للملكية قد استوفيت ،ومن بينها أن " القيمة وصلت " [2].

٧٨٩ – **الـرأى الرابع** : ويرى أصحابه أن عملية الخصم إنما هى عملية ذات طبيعة خاصة ، إذ يجب النظر إلى جوهر عملية الخصم دون التقيد مقدماً – كمـــا فعلت الآراء الأخرى – بإطار قانونى معين ، إذ إن الخصم يعد عملاً مصـــرفياً فريداً ، أو فذاً له ظروفه وأهدافه ، وبالتالى نظامه الخاص ، دون حاجة إلى وصفه ، أو إفراغه فى قالب مما يعرفه القانون المدنى أو التجارى ، شأنه فى ذلك شأن عمليات مصرفية كثيرة [3].

---

(١) قـــال بهـــذا الـــرأى كثـــيرون منهم الأستاذ (هامل) . ينظر فى نقل ذلك عنه: أ.د علـــى جمـــال الديـــن عـــوض: مـــرجع سبق ذكره ، فقرة ٥٦٥ ، ص ٦٢٧ وما بعدها.

(٢) مـــن هـــذا الـــرأى: أ.د علـــى الـــبارودى: مرجع سبق ذكره ، فقرة ٢٧٧ ، ص ٣٩٩.

(٣) مـــن هـــذا الـــرأى: أ.د علـــى جمال الدين عوض: مرجع سبق ذكره ، فقرة ٥٧٢ ، ص ٦٣١.

المطلب الثالث

الحكم[1] الشرعى لعملية الخصم

٧٩٠ – تعد عملية خصم الأوراق التجارية التى تجريها البنوك صورة من صور القرض الربوى[2]. وبالتالى تعد محظورة شرعاً ، وذلك لأمرين:

أحدهما : أننا لو أخذنا عملية خصم الكمبيالات على ظاهرها بحسب الشكل الذى أفرغت فيه لوجدناها من قبيل بيع الدين لغير المدين به ، حيث يبيع صاحب الكمبيالة (الدائن) دينه المؤجل الثابت فيها لغير المدين بثمن معجل أقل منه من جنسه[3].

وهذه الصورة من بيع الدين – كما سبق الذكر[4] – تعد غير جائزة عند أكثر الفقهاء (الحنفية ، والشافعية فى الأظهر عندهم ، والحنابلة فى الصحيح عندهم ، الظاهرية ، الزيدية ، وبعض الإمامية).

أما الفقهاء الذين أجازوا بيع الدين لغير المدين به (المالكية ،

---

(١) د/ مصطفى عبد الله الهمشرى: الأعمال المصرفية والإسلام ، ص ٢٠٥ ، وهو من منشورات مجمع البحوث الإسلامية ، سنة ١٤٠٥هـ – ١٩٨٥ ، د/ عيسى عبده: العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المعاصرة ، ص ٢٦٥. وهو بحث مقدم إلى مؤتمر الفقه الإسلامى المنعقد بمدينة الرياض فى ذى القعدة ١٣٦٦هـ – نوفمبر ١٩٧٦ ، أستاذنا الدكتور محمد هاشم محمود فى رسالته السابقة ، ص ٦٧٦، أ.د رفيق يونس المصرى: بيع التقسيط ، ص ٩٤ ، وهو من مطبوعات دار القلم ، دمشق ، الطبعة الثانية ، ١٤١٨هـ – ١٩٩٧م ، أ.د على السالوس: المعاملات المالية المعاصرة فى ضوء الشريعة الإسلامية ، ص ٨٢ : ١٢٤ ، الناشر : مكتبة الفلاح ، الطبعة الأولى ، سنة ١٩٨٦ ، أ.د محمد عثمان شبير: المعاملات المالية المعاصرة فى الفقه الإسلامى: مرجع سبق ذكره ، ص ٢٥٠. أ.د نزيه حماد: قضايا فقهية معاصرة فى المال والاقتصاد: ص ٢١١ طبعة دار القلم دمشق ، الطبعة الأولى ، سنة ١٤٢١هـ – ٢٠٠١م.

(٢) أستاذنا الدكتور محمد هاشم فى رسالته السابقة: الموضع نفسه ، أ.د نزيه حماد: الموضع نفسه.

(٣) أ.د نزيه حماد: مرجع سبق ذكره ، ص ٢١١.

(٤) يراجع فقرة ٢٢٣ من هذه الرسالة.

والشـــافعية فى قول عندهم) فقد اشترطوا لجوازه شروطاً من شأنها أن تباعد بين هذه المعاملة وبين الربا والغرر[1].

وإذا نظـــرنا إلى عملية الخصم لوجدنا أن الربا متحقق فيها ، وذلك لأن العرضين من النقود ، إذ أن حامل الورقة قد باع نقداً آجلاً لغير المدين (المصـــرف) بنقد عاجل أقل منه من جنسه ، وعلى ذلك تكون عملية الخصم مـــنطوية على كل من ربا الفضل والنساء ، وبالتالى تكون محظورة باتفاق الفقهـــاء [2].

والـثـــانى : أنـــنا لو نظرنا إلى عملية خصم الكمبيالات بحسب المقصود ، والغاية منها لوجدناها أحد أمرين :

١. إمـــا إقـــراض مبلغ وأخذ المقرض حوالة من المقترض بمبلغ أكثر منه يســـتوفى بعـــد مـــدة معيـــنة (عند حلول الدين الثابت فى الورقة التى يراد خصمها) ، وهذا التصرف يعد رباً صريحاً ، وذلك لأن الحوالة – كما سبق الذكر[3] – يشترط فيها التساوى بين الدين المحال به والدين المحال عليه ، وهـــنا فـــى عملية الخصم وجد التفاوت بين الدين المحال به (مبلغ القرض) والديـــن المحال عليه (المبلغ الثابت فى الورقة التجارية) وهذا يعد من قبيل ربا النساء[4].
٢. وإما قرض مضمون بالورقة التجارية المظهرة لأمر المصرف تظهيراً تاماً [5] ، فالمصرف يقرض العميل مبلغاً من المال يقل عن المبلغ الثابت فى

---

(١) يراجع فقرة ٢٢٥ من هذه الرسالة.

(٢) أ.د مصـــطفى أحمـــد الـــزرقا: المصـــارف : معاملاتهـــا ، وودائعها ، وفوائدها ، ص ١٠. وهـــو مـــن سلسـلة مطـــبوعات جامعة الملك عبد العزيز ، سنة ١٤٠١ هـــ ١٩٨٣م ، أ.د رفـــيق يونـــس المصـــرى: مـــرجع ســـبق ذكـــره ، ص ٩٤ ، محمـــود عـــبد الكـــريم أحمـــد أرشـــيد: الشامل فى معاملات وعمليات المصارف الإسلامية: مرجع سبق ذكره ، ص ٢٠٣.

(٣) يراجع فقرة ٦٨١من هذه الرسالة.

(٤) أ.د مصـــطفى الـــزرقا: المـــرجع الســـابق ، ص ١٠ ، أ.د نـــزيه حماد: المرجع السابق ، ص ٢١٢.

(٥) أ.د نزيه حماد: المرجع السابق ، الموضع نفسه.

الورقـــة الـــتجارية على أن يسترد منه فى الأجل مبلغاً أعلى منه هو القيمة الاسمية لهذه الورقة ، وهذا هو عين ربا النسيئة المحرم(١).

هـــــذا : والقـــول بعدم جواز هذه المعاملة هو ما قرره مجلس مجمع الفقه الإســـلامى فى دورته السابعة المنعقدة بجدة فى الفترة من ٧ : ١٢ مـــن ذى القعـــدة ، سنة ١٤١٢هـــ الموافق ٩ : ١٤ من مايو سنة ١٩٩٢م. حيث قرر ما يلى: "إن حسم الأوراق التجارية غير جائز شرعاً ، لأنه يؤول إلى ربا النسيئة المحرم " (٢).

المطلب الرابع

البديـل الشـــرعى لعمـلية الخصـــم

٧٩١ – إذا كـــنا قد انتهينا إلى القول بعدم جواز خصم الأوراق التجارية لما فـــيها مـــن الربا ، فلا بد من تقديم البديل المقبول شرعاً الذى يمكن أن يحل محل عملية الخصم، خصوصاً أن حامل الورقة التجارية قد يكون فى حاجة إلى النقود قبل أن يحل ميعاد استحقاقها.

هـــذا وقد ذكر بعض الباحثين بعض البدائل الشرعية لعملية الخصم أهمها ما يلى:

١. أن يبيع البنك إلى حامل الورقة التجارية بضاعة حقيقية مقابل الكمبيالة ، ثـــم يقـــبل حوالـــته على مصدر الورقة التجارية ، ولما كان مقابل الورقة الـــتجارية بضـــاعة ، فلا بأس أن يبيعه البنك بسعر أعلى من سعر السوق

---

(١) أ.د توفيق يونس المصرى: المرجع السابق ، ص ٩٤ ، محمود عبد الكريم إرشيد: المرجع السابق ، ص ٢٠٢.

(٢) أ.د محمد عثمان شبير: مرجع سبق ذكره ، ص ٢٥٠.

هـــذا: وعلى الرغم من ذلك فقد وجدت بعض تخريجات لبعض الباحثين تهدف إلى إباحـــة عملـــية الخصـــم. ينظر هذه التخريجات مع مناقشتها، د/ مصطفى عبد الله الهمشـــرى: مـــرجع سبق ذكره ، ص ١٩٠ وما بعدها أستاذنا الدكتور محمد هاشم محمـــود فـــى رسالته السابقة ، ص ٦٧٧ وما بعدها. ستر بن ثواب الجعيد: أحكام الأوراق النقدية والتجارية فى الفقه الإسلامى ، ص ٣٩٣ وما بعدها، الناشر: مكتبة الصديق بالطائف ، الطبعة الأولى ، سنة ١٤١٣هـــ – ١٩٩٣م.

وبهذا يحصل على ربح .

٢. أن تكون هناك معاملتان مستقلتان بين البنك وبين حامل الورقة التجارية:
المعاملــة الأولــى : أن يوكـل حامل الورقة التجارية البنك بتحصيل قيمة الورقة التجارية من مصدر هذه الورقة فى ميعاد استحقاقها ، ويعطيه أجراً معلومـاً مقابل ذلك. **المعاملة الثانية** : أن البنك يقرض العميل مبلغ الورقة التجارية ناقصاً منه أجرة الوكالة قرضاً بدون فائدة.

غير أن هذا الأمر يشترط لجوازه ما يأتى:

أ – أن يكـون كـل مـن العقدين السابقين منفصلاً عن الآخر ، فلا تشترط الوكالة فى القرض ولا القرض فى الوكالة.

ب – ألا يكـون أجـرة الوكالة مرتبطة بتاريخ استحقاق الورقة التجارية ، بحيث تكون الأجرة زائدة إن كان تاريخ استحقاقها بعيداً ، وتكون أقل إن كان قريباً.

ج – ألا يزاد فى أجرة الوكالة بسبب القرض الذى أقرضه البنك ، لئلا يكون قرضاً جر نفعاً [١].

٣. كما أن عقد السلم يصلح بديلاً لعملية الخصم فى كثير من الحالات ، خصوصاً أن الذى يدفع التجار إلى خصم أوراقهم التجارية – فى الغالب – هو حاجتهم إلـى السيولة النقدية لاتمام بعض الصفقات التجارية ، أو الصناعية أو غير ذلـك .

ففـى هـذه الحالة يستطيع مالك الورقة التجارية أن يتقدم إلى البنك ويبرم معه عقد سلم ، بمقتضى هذا العقد يقوم البنك بتسليم حامل الورقة مبلغاً من المال حسب قيمة الصفقة التى اتفق عليها ، ويمول التاجر ، أو المزارع تجارتـه أو مزرعـته حتى تصل إلى طور الإنتاج ، ثم بعد ذلك يسلم للبنك السلعة التى اتفق على كونها سلماً ، وتحل المشكلة.

ويمكـن أن تكون صفقات السلم بقدر قيمة الورقة التجارية ، وتكون

---

(١) ينظر: القاضى محمد تقى العثمانى: فى بحثه السابق ، ص ٨٧ ، ٨٨.

الورقة بمثابة رهن لدى البنك حتى يقبض سلعته من العميل[1] ، وبذلك يكون عقد السلم قدم نفعاً لكل من البنك وحامل الورقة التجارية ، إذ استطاع البنك أن يستثمر ماله فى عقد مشروع ، كما أن حامل الورقة قد استطاع أن يمول مشروعاته دون اللجوء إلى الوسائل المحرمة.

المبحث الثانى
تحصيل الأوراق التجارية

٧٩٢ – ونتناول فيه أمرين :

الأمر الأول : المقصود بعملية تحصيل الأوراق التجارية .

الأمر الثانى : التكييف الشرعى لعميلة تحصيل الأوراق التجارية .

٧٩٣ – **أولاً** : **المقصود بعملية تحصيل الأوراق التجارية** :

يكثر فى العمل أن يستخدم التجار الأوراق التجارية كأداة للائتمان فيما بينهم ، وبالتالى قد يجد التاجر نفسه مستفيداً ، أو حاملاً لعدد من الأوراق التجارية يتعين عليه أن يقوم باستيفائها فى مواعيد استحقاقها ، وأن يتخذ الإجراءات المحددة ، وإلا تعرض لحالات السقوط التى تهدد الحامل المهمل وفقاً لقواعد قانون الصرف ،وذلك يقتضى تخصيص جانب من جهده ، وعدد من عماله لعمليات تحصيل الأوراق التجارية ، ومن ثم يفضل التجار أن يعهدوا بهذه المهمة إلى البنك الذى يتعاملون معه [2].

وهذه العملية تقتضى أن يقوم العميل بتظهير الورقة التجارية تظهيراً توكيلياً للبنك ، حتى يستطيع هذا الأخير أن يطالب المدين فى الورقة المطلوب تحصيل قيمتها لحساب العميل[3].

وفى مقابل هذا يلتزم العميل بدفع العمولة المتفق عليها ، أو التى

---

(١) ستر بن ثواب الجعيد: أحكام الأوراق النقدية والتجارية فى الفقه الإسلامى ، مرجع سبق ذكره ، ص ٤٣١ ، ٤٣٢.

(٢) أ.د على البارودى: مرجع سبق ذكره ، فقرة ٢٧٨ ، ص ٤٠٠.

(٣) المرجع السابق: الموضع نفسه.

يجرى بها العرف ، وعادة ما تتناسب هذه العمولة مع مقدار الدين المطلوب تحصـــيله ، وبعد مكان المدين به عن مكان البنك كما يراعى فى تقدير هذه العمولة ما إذا كان هذا العمل يتطلب استعانة البنك ببنوك ، أو أشخاص آخر فى تنفيذه[1] .

والبنك إذ يقوم بتحصيل هذه الورقة ، إنما يقوم بعمل قانونى لحساب العمـــيل ، وبالتالى فهو وكيل عنه ، والعقد بينهما إنما هو عقد وكالة يخضع لمـــا ينظمه من أحكام فى القانون المدنى (المواد من ٦٩٩ : ٧١٧) علاوة على ما يكملها من العرف المصرفى[2].

٧٩٤- **ثانياً : التكييـف الشـرعى لعمـلية تحصيل الأوراق التجـاريـة :**

إذا نظـــرنا إلـــى عملية تحصيل الأوراق التجارية من منظور الفقه الإســـلامى لوجدناها ــ كما هو الحال فى القانون الوضعى ــ لا تخرج عن كونها وكالة بقبض الدين لكنها وكالة مأجورة ، واخذ الوكيل أجراً لقاء قيامه بقبض الدين لموكله من الأمور الجائزة[3] ، وترتيباً على ذلك يكون قيام البنك بتحصيل الأوراق التجارية للعملاء ، وأخذه عمولة أو أجراً فى مقابل ذلك من الأمـــور الجائزة شرعاً[4] ، سواء أحصل قبض الديون أم لا ، وذلك لأنه قام بالوكالـــة ، وحقـــق المطالبة بسداد الدين فى ميعاد الاستحقاق ، واتخذ كافة

---

(١) أ.د على جمال الدين عوض: مرجع سبق ذكره ، فقرة ٩٤٩ ، ص ٩٦٠.

(٢) أ.د علـــى جمـــال الديـــن عـــوض: المـــرجع السابق ، فقرة ٩٣٩ ، ص ٩٤٩ ، ٩٥٠.

(٣) شـــرح المجلـــة لســـليم رســـتم باز ، ص ٧٨٩ ، الشرح الكبير للدردير ، جـــ٣ ، ص ٣٩٦ ، ٣٩٧ ، إعانـــة الطالبيـــن ، جـــ٣ ، ص ٩٤ ، العـــدة شرح العمدة ، جـــ١ ، ص ٣٤٨. وفـــيه: (ويجـــوز التوكـــيل بجعـــل ، وبغيره ، لأنه تصرف لغيره لا يلزمه ، فجاز أخذ العوض عنه كرد الأبق) .

(٤) د/ مصـــطفى عـــبد الله الهمشـــرى: مـــرجع ســـبق ذكـــره ، ص ١٨٨ ، أ.د محمد الشـــحات الجـــندى: فقـــه الـــتعامل المـــالى المصـــرفى الحديـــث ، ص ١٨٤ ، الناشـــر: دار النهضـــة العربـــية ، ســـنة ١٤١٠هـــ - ١٩٨٩م. أ.د محمد عثمان شـــبير: مـــرجع ســـبق ذكـــره ، ص ٢٤٧ ، ٢٤٨، محمـــود عـــبد الكريم إرشيد: مرجع سبق ذكره ، ص ١٦٧.

وســـائل التحصيل الممكنة ، وكالمحامى الذى يستحق الأجر فى مقابل وكالته فى الدفاع عن موكله سواء كسب القضية أم خسرها [1].

---

(١) د/ مصـــطفى عـــبد الله الهمشـــرى: مـــرجع سبق ذكره ، ص ١٨٨ ، ١٨٩ ، أ.د محمد عثمان شبير: مرجع سبق ذكره ، ص ٢٤٨.

الفصل الثالث

تظهير الأوراق التجارية

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: فى بيان حقيقة التظهير.

المبحث الثانى: موقف الفقه الإسلامى من التظهير.

المبحث الأول

بيان حقيقة التظهير

٧٩٥ – ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: تعريف التظهير وأهميته.

المطلب الثانى: أنواع التظهير.

المطلب الأول

تعريف التظهير، وأهميته

٧٩٦ – **أولاً : تعريف التظهير :**

يعرف التظهير فى فقه القانون التجارى بأنه: بيان يكتب على ظهر الورقة التجارية ، أو فى وصلة ملحقة بها ومرتبطة بالصك ،وفقاً لبيانات حددها القانون ، ويكون الغرض منها تصرف المستفيد – ويسمى عندئذ المظهر – فى الحق الثابت فيها بالتنازل عنه أو رهنه ، أو توكيل الغير فى تحصيله(١).

٧٩٧ – **ثانياً : أهمية التظهير:**

للتظهير أهمية قصوى إذ كثير ما يطوف السند من مظهر إلى مظهر

---

(١) ينظر فى هذا المعنى: أ.د علي جمال الدين عوض: الوجيز فى القانون التجارى: فقرة ٢٩٦ ، ص ٢٧٢ ، الناشر: دار النهضة العربية ، سنة ١٩٨٤م ، أ.د أبو زيد رضوان: الأوراق التجارية: فقرة ١٢٦ ، ص ١٢٣ ، الناشر: دار الفكر العربى ، بدون تاريخ.

، حـــتى يستقر عند المظهر إليه الأخير الذى يتقدم للمطالبة بقيمته عند حلول مـــيعاد الاستحقاق ، ويعد كل من يظهر إليه السند حاملاً له حتى يقوم بدوره بتظهيره فيصير مظهراً ، ويصير المظهر إليه حاملاً وهكذا.

وكلمـــا مـــر السند – خلال تداوله – بيد كلما اقتضى توقيعاً جديداً ، فيتضخم الضمان فيه، إذ يضمن كل مظهر الوفاء متى امتنع ، أو عجز عنه المديـــن الأصـــلى ، كما يطهره التطهير من الدفوع التى قد تشوب الحق – مـــتى كان المقصود من التظهير نقل الملكية ، أو الرهن – وعلى ذلك فينتقل الحق إلى الحامل الجديد خالياً من عيوبه ، سليماً من نقائصه.

وهـــذا وضـــع مرغوب فيه لتيسير تداول السند ،وتمكينه من خدمه الائتمان[1].

المطلب الثانى

أنـــواع الـتـظـهـيـر

798 – بالنظر إلى التعريف السابق للتظهير يتضح أنه أنواع ثلاثة:

799 – **النـوع الأول : التظهـير التـام أو النـاقـل للملكيـة :**

يقصـــد بالتظهير الناقل للملكية ، أو التام : نقل الحق الثابت بالورقة مـــن المظهـــر إلـــى المظهـــر إلـــيه ويـــتم هذا الإجراء بالكتابة من جانب المظهر على ظهر الورقة بما يفيد نقل ملكية الحق الثابت بها لأمر ، أو إذن المظهر إليه.

ولمـــا كان هذا الإجراء يمثل التزاماً فى ذمة المظهر ، فإنه يجب أن يكـــون متمـــتعاً بالأهلية الكاملة لإجرائه ، ذا إرادة خالية من العيوب ، وأن يكون هذا الالتزام ذا سبب ومحل مشروعين.

كمـــا يجب – علاوة على ما تقدم – لكى يكون التظهير ناقلاً للملكية

(١) أ.د محســـن شـــفيق: الوســـيط فـــى القـــانون التجارى: جـــ٢ ، ص ٢٥٥ ، سنة ١٩٥٧. أ.د علـــى جمـــال الديـــن عـــوض: مـــرجع ســـبق ذكره: فقرة ٢٩٦ ، ص ٢٧٣.

أن يذكـــر فـــى التظهير: تاريخ التظهير ، وصول القيمة ، وشرط الأمر أو الإذن ، واسم المظهر إليه ، وتوقيع المظهر ، ومبلغ التظهير.

ويترتب على التظهير الناقل للملكية : أن تنتقل ملكية الحق الثابت فى الورقة التجارية إلى المظهر إليه ، والتزام المظهر بضمان الورقة التجارية ، وتطهير الدفوع – أى : حماية المظهر إليه الحسن النية من الدفوع التى يملك المديـــن توجـــيهها إلى كل متعامل بالورقة التجارية – وحسن النية – هنا – معناه: عدم العلم بأسباب تلك الدفوع[1].

٨٠٠ – النـوع الثـانى : التظهـير التوكيـلى :

هـــو ذلـــك التظهير الذى يهدف إلى توكيل الغير فى تحصيل الحق الثابت بالورقة.

ولهـــذا التظهـــير عدة صور أبسطها وأكملها ما يتضمن كافة بيانات التظهير الناقل للملكية، مع كتابة عبارة تفيد أنه لتوكيل المظهر إليه فى قبض قيمة الورقة وليس لنقل ملكية الحق إليه ، ويسمى التظهير التوكيلى الصريح ، ومـــن صور التظهير التوكيلى أيضاً: التظهير الناقل للملكية المعيب ، بأن كان ينقصه بيان من البيانات التى أوجب القانون وجودها فى التظهير الناقل للملكية كما أن له صورة ثالثة ، وهى التظهير على بياض.

ويعـــد التظهـــير التوكـــيلى وكالة من المظهر إلى المظهر إليه فى تحصيل الورقة التجارية[2] ، وعلى ذلك يكون المظهر إليه وكيلاً عن المظهر

---

(١) أ.د علـــى جمـــال الديـــن عـــوض: مـــرجع سبق ذكره ، فقرة ٢٩٧ وما بعدها ، ص ٢٧٣ ومـــا بعدهـــا. أ.د أبـــو زيـــد رضـــوان: مرجع سبق ذكره: فقرة ١٣٧ ومـــا بعدهـــا ، ص ١٢٣ ومـــا بعدهـــا. أ.د ســـميحة القليوبى: القانون التجارى: عملـــيات البـــنوك والأوراق الـــتجارية. فقـــرة ٤١ ومـــا بعدهـــا ، ص ٢٥٤ وما بعدها ، الناشر: مكتبة عين شمس ، القاهرة ، بدون تاريخ.

(٢) أ.د علـــى جمـــا الديـــن عـــوض: مرجع سبق ذكره فقرة ٣٠٧ ، ص ٢٨٤ ، أ.د أبـــو زيـــد رضـــوان ، المـــرجع السابق ، فقرة ٢٠٦ وما بعدها ، ص ١٨٦ وما بعدهـــا ، أ.د ســـميحة القلـــيوبى: مـــرجع سبق ذكره ، فقرة ٥٦ وما بعدها ، ص ٢٦٥ وما بعدها.

، وبالتالى يلتزم بتحصيل قيمة الورقة وتسليمها إليه[١].

٨٠١ – **النوع الثالث : التظهير التأمينى ، أو على سبيل الرهن :**

هو ذلك التظهير الذى يقصد منه تقديم ضمان للمظهر إليه بحق له تجاه المظهر، أو تجاه شخص آخر[٢] ، ويتم هذا التظهير ببيان يكتب على ظهر الكمبيالة ، أو فى وصلة مرفقة يتضمن نقل حيازة الورقة من المظهر (الراهن) إلى المظهر إليه (الدائن المرتهن) ويذكر فيه أن " القيمة للضمان " أو أن " القيمة للرهن " أو أية عبارة أخرى تفيد الدلالة على هذا النوع من التظهير[٣].

ويلجأ المستفيد من الورقة إلى رهنها عن طريق هذا النوع من التظهير عندما يكون بحاجة إلى نقود عاجلة ،وتكون الورقة التى بيده مستحقة بعد مدة قصيرة ، فبدلاً من أن يخصمها ويتخلى عن ملكيتها ويتكبد تكاليف الخصم وهى جزء لا بأس به من قيمة الورقة ، يكتفى حامل هذه الورقة بأن يقترض المبلغ الذى يحتاجه ويرهن الورقة ضماناً للقرض ، ويحدث ذلك عادة عندما يكون الحامل محتاجاً إلى مبلغ بسيط بالنسبة إلى قيمة الورقة ، ولمدة أقل من أجلها بكثير[٤].

المبحث الثانى

موقف الفقه الإسلامى من تظهير الأوراق التجارية

٨٠٢ – سبق القول فى المبحث السابق إن للتظهير أنواعاً ثلاثة ، تظهير تام ، أو ناقل للملكية وتظهير توكيلى ، وتظهير تأمينى ، وسأقوم – بعون الله تعالى – فى هذا المبحث ببيان موقف الفقه الإسلامى من هذه الأنواع الثلاثة وذلك فيما يأتى:

---

(١) أ.د سميحة القليوبى: فقرة ٥٨ ، ص ٢٦٧.

(٢) أ.د عيسى عبده : العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة: ص ٢٥٨.

(٣) أ.د أبو زيد رضوان: فقرة ٢١٦ ، ص ١٩٦ ، أ.د على جمال الدين عوض: فقرة ٣١٢ ، ص ٢٨٩.

(٤) أ.د على جمال الدين عوض: فقرة ٣١١ ، ص ٢٨٨ ، ٢٨٩.

٨٠٣ – أولاً : موقف الفقه الإسلامي من التظهير الناقل للملكية :

يعد تظهير الورقة التجارية تظهيراً ناقلاً للملكية حوالة للحق الثابت في الورقة من المظهر إلى المظهر إليه ، ولا يشترط قبول محرر الورقة التجارية أو المحال عليه مرة أخرى عند إجراء التظهير ، حتى على مذهب أولئك الذين يشترطون رضا المحال عليه لصحة الحوالة ، لأنه قد وافق صراحة ، أو ضمناً على هذه الحوالة عند تحريره للورقة التجارية ، ففى السند الأذنى – على سبيل المثال – يتعهد المحرر فى عبارات لها دلالات معينة أن يدفع القيمة التى وصلته عند طلب الحامل للسند ، مما يتضمن رضاه المؤيد بالعرف التجارى بتظهير المستفيد الأول هذا السند لأى شخص آخر[1].

وبذلك فإن النزاع الذى ثار بين الفقهاء[2] فى اشتراط رضا المحال عليه غير وارد فى حوالة الورقة التجارية لسبق رضاه.

والتظهير إنما يكون حوالة شرعية إذا كان المسحوب عليه مديناً للساحب فإذا لم يكن مديناً له بالدين الذى تثبته الورقة التجارية ، فإن التظهير لا يمكن اعتباره عقد حوالة إلا عند من لا يشترط مديونية المحال عليه للمحيل من الفقهاء[3]. أما عند من يشترطون هذه المديونية[4]

---

(١) أ.د. محمد أحمد سراج: الأوراق التجارية فى الشريعة الإسلامية: ص ٩٦ ، الناشر: دار الثقافة للنشر والتوزيع ، سنة ١٩٨٨م.

(٢) يراجع فى تفصيل هذا الخلاف وبيان الراجح: فقرة ٦٥٧وما بعدها من هذه الرسالة.

(٣) وهم الحنفية ، والزيدية ، والإمامية فى المشهور عندهم ، والأباضية فى قول.ينظر على التوالى: بدائع الصنائع، جـ٦، ص ١٦، البحر الزخار،جـ٥ ص ٦٩ ، جواهر الكلام ، جـ٢٦ ، ص ١٦٥ ، شرح النيل وشفاء العليل ، جـ٩ ، ص ٣٩١ ، ٣٩٢ ، ويراجع آنفاً: فقرة ٦٧٢من هذه الرسالة.

(٤) وهم جمهور الفقهاء من المالكية ، والشافعية ،والحنابلة ،والإمامية فى قول عندهم ، وجمهور الأباضية. ينظر على التوالى: شرح الزرقانى على مختصر خليل ، جـ٦ ، ص ١٧ ، المهذب للشيرازى ، جـ٢ ، ص ١٤٣ ، المغنى لابن قدامة ، جـ٥ ، ص ٥٧ ، مسألة رقم ٣٥٥٦ ، جواهر الكلام ، جـ ٢٦ ، ص ١٦٥، شرح النيل وشفاء العليل : جـ ٩ ص ٣٩١ ، ويراجع آنفاً فقرة ٦٧٣من هذه الرسالة.

فـإن التظهـير يكـون عـندهم عقد كفالة لا ينعقد إلا بقبول الكفيل ، وهو المسحوب عليه[1].

٨٠٤ – ثانياً : موقـف الفقـه الإسلامى مـن التظهـير التوكـيلى :

إذا نظرنا إلى لتظهير التوكيلى لوجدناه لا يخرج عن كونه وكالة من المظهـر إلـى المظهـر إليه بقبض قيمة الورقة التجارية ، والوكالة جائزة ومشـروعة فى الفقه الإسلامى ، فيكون التظهير التوكيلى جائزاً كذلك لكونه نوعاً منها.

٨٠٥ – ثالثاً : موقـف الفقـه الإسلامى مـن التظهـير التأميـنى :

أمـا التظهـير التأمينى فهو رهن للدين الثابت فى الورقة التجارية ، وعلى ذلك: فيتخرج حكم التظهير التأمينى على حكم رهن الدين ، فمن أجاز رهـن الدين من الفقهاء[2] ، كان التظهير التأمينى جائزاً عنده ، ومن لم يجز رهـن الدين منهم[3] لا يرى جواز التظهير التأمينى ، وقد سبق[4] بيان آراء الفقهـاء فـى حكم رهن الدين بالتفصيل وترجيح القول بالجواز ، فلا حاجة لتكراره هنا.

وعلى ذلك يكون الراجح جواز التظهير التأمينى – والله وأعلم.

---

(١) هـذا عـند المالكـية ، والأباضـية ، والإمامية ، أما عند الشافعية فإن التظهير فى هـذه الحالـة يعـد قضـاء لدين الغير ، بينما يعد وكالة بالاقتراض عند الحنابلة. يـنظر علـى الـتوالى: أسـنى المطالـب ، جـ٢ ، ص ٢٣١ ، كشاف القناع ، جــ٣ ، ص ٣٨٥ ، ويـراجع آنفـاً: فقـرة ٦٧٢ مـن هذه الرسالة. الموسوعة الفقهـية الكويتـية ، الطـبعة التمهـيدية ، نمـوذج رقم ٣ ، الحوالة ، ص ٢٤١ ، سنة ١٩٧١م ، أ.د عيسى عبده: مرجع سبق ذكره ، ص ٢٦٣.

(٢) وهـم المالكـية ، والشـافعية فـى وجـه عـندهم ، ورأى عـند الحنابلة. ينظر: الزخـيرة للقـرافى: جــ٨ ، ص ٨٠ ، مغـنى المحـتاج ، جـ٢ ، ص ١٢٢ ، شرح الزركشى على مختصر الخرقى ، جـ٤ ، ص ٢٥.

(٣) وهـم جمهـور الفقهـاء مـن الحنفـية ، والشـافعية فى الأصح عندهم: وجمهور الحـنابلة: والـراجح عـند الشـيعة الـزيدية ، وقـول عـند الإمامية والأباضية. يـنظر: المبسـوط ، جــ٢١ ، ص ٧٢ ، الوسـيط ، جــ٣ ، ص ٣٦١ ، كشـاف القـناع ، جـ ٣ ، ص ٣٢١ ، الـتاج المذهـب ، جـ٣ ، ص ٢٢٩. جامع المقاصد ، جـ٥ ، ص ٤٩ ، شرح النيل ، جـ١١ ، ص ١٧.

(٤) يراجع آنفاً: فقرة ٣٦٣ وما بعدها من هذه الرسالة.

الفصل الرابع

التحويلات النقدية الداخلية والخارجية

ويشتمل على مبحثين :

المبحث الأول: التحويلات النقدية الداخلية.

المبحث الثانى: التحويلات النقدية الخارجية.

الفصل الرابع

التحويلات النقدية الداخلية والخارجية

تمهيد وتقسيم :

عملية تحويل النقود هى إحدى الخدمات التى تقدمها البنوك لعملائها ، سواء على المستوى الداخلى ، أو المستوى الخارجى ، وهذه العملية توفر ميزة للعملاء والبنك على حد سواء.

فبالنسبة للعميل: نجد أنه يحتاج عند سفره ،وعند أدائه لعمل فى مدينة غير مدينته ، أو فى دولة غير دولته إلى نقود لكى ينفق منها على نفسه ، أو على أعماله ، ولما كان حمل النقود ، والانتقال بها من بلد إلى بلد آخر ينطوى على مخاطر الضياع ، أو السرقة ، فإن العميل كثيراً ما يلجأ إلى البنك ليقوم بهذه الخدمة.

وبالنسبة للبنك: نجد أن هذه الخدمة تحقق له ميزة – أيضاً – تتمثل فيما يتقاضاه من عمولة نتيجة قيامه بهذه الخدمة ، ومن شأن ذلك أن يسهم فى تنمية موارد البنك المالية ، ويساعد على التوسع فى أنشطته الاستثمارية[1].

وعلى ذلك فينقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: التحويلات النقدية الداخلية.

المبحث الثانى: التحويلات النقدية الخارجية.

المبحث الأول

التحويلات النقدية الداخلية

٨٠٦ – ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: بيان حقيقة عملية التحويل الداخلى.

المطلب الثانى: موقف الفقه الإسلامى من هذه المعاملة.

---

(١) أ.د محمد الشحات الجندى: فقه التعامل المالى والمصرفى الحديث ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٢٠.

المطلب الأول
حقيقة عملية التحويل الداخلي

٨٠٧ – التعريف بعملية التحويل الداخلي :

عملية التحويل الداخلى للنقود هى تلك العملية التى يقوم بمقتضاها البنك بتحويل النقود داخل الدولة من مكان إلى آخر بناء على طلب أحد عملائه ، شريطة أن يكون لطالب التحويل حساب جار يغطى قيمة المبلغ المراد تحويله ، أو أن يقوم بإيداع هذا المبلغ فى خزينة البنك ، ثم يتولى البنك إرساله إلى الجهة التى يريدها العميل[١].

٨٠٨ – طريقة التحويل الداخلي :

تتم التحويلات داخل الدولة بإحدى الطرق الآتية:

١ – **عن طريق التحويلات الخطابية:** أى أن البنك المرسل منه يأمر البنك المرسل إليه بدفع المبلغ المحدد لصاحبه بواسطة الخطاب[٢].

٢ – **التحويلات عن طريق التليفون ، أو الفاكس ، أو غيرها**[٣] ، أى يتم إبلاغ البنك المرسل إليه بدفع المبلغ عن طريق هذه الوسائل[٤].

٣ – **الشيك المصرفى**[٥]: وصورته أن يتقدم العميل إلى البنك طالباً الشيك لاستخدامه لنفسه ، أو لصالح شخص آخر ، فيقوم البنك بإصدار الشيك الذى

---

(١) ينظر فى هذه المعنى: أ.د مصطفى عبد الله الهمشرى: مرجع سبق ذكره ، ص ٢٦٢. أ.د محمد الشحات الجندى : مرجع سبق ذكره ، ص ٢٢١. أ.د مصطفى كمال طايل: البنوك الإسلامية المنهج والتطبيق، ص ١٢٦ ، طبعة مطابع غباشى ، القاهرة ، سنة ١٩٨٧م . أ.د محمد عثمان شبير: مرجع سبق ذكره ، ص ٢٧٧. أ.د محمد رواس قلعة جى: المعاملات المالية المعاصرة فى ضوء الفقه والشريعة ، ص ١٠١. محمود عبد الكريم إرشيد: مرجع سبق ذكره ، ص ١٦٩ ، ١٧٠.

(٢) أ.د مصطفى عبد الله الهمشرى: مرجع سبق ذكره ، ص ٢٦٢.

(٣) أ.د محمد عثمان شبير: مرجع سبق ذكره ، ص ٢٧٨.

(٤) أ.د مصطفى عبد الله الهمشرى: المرجع السابق ، الموضع نفسه.

(٥) أ.د مصطفى عبد الله الهمشرى: مرجع سبق ذكره ، ص ٢٦٢ ، أ.د محمد الشحات الجندى: مرجع سبق ذكره ، ص ٢٢١ ، أ.د محمد عثمان شبير: مرجع سبق ذكره ، ص ٢٧٨.

يتعهد فيه بالوفاء بمبلغ معين للمستفيد بمجرد الاطلاع[1] ، وهذا الشيك يتسلمه العميل نفسه ليستعمله ، أو ليرسله إلى الشخص المطلوب فى الجهة التى يريدها ليحصله من البنك[2].

ويتم التحويل فى كل من الطرق السابقة دون نقل أى مبلغ من النقود، وإنما يرسل البنك إشعار إضافة بواسطة الخطاب ، أو التليفون ، أو الفاكس ... إلخ ، إلى البنك الثانى الذى يوجد فى بلد المستفيد يطلب فيه دفع المبلغ المحدد إلى الحساب الجارى للمستفيد إن كان له حساب ، أو تسليمه إليه يداً ، أو إلى وكيله ، وتبقى المعاملات المالية بين البنكين مستمرة بهذه الصورة إلى أن تحدث المقاصة [3].

٨٠٩ – **عائد البنك من عملية التحويلات الداخلية:** يتقاضى البنك فى مقابل عملية التحويلات الداخلية ما يأتى:

١ – عمولة التحويل.

٢ – المصاريف التى تكبدها البنك فى إجراء التحويل.

٣ – أجر البنك عن عملية التحويل[4].

المطلب الثانى

موقف الفقه الإسلامى من هذه المعاملة

٨١٠ – بالنظر إلى عملية التحويلات النقدية الداخلية فى نظر الفقه الإسلامى يتضح أن البنك إنما يقوم بهذا العمل لصالح العميل للحصول على المقابل.

وعلى ذلك فالبنك يعد أجيراً مشتركاً[5] ، لأنه يتقبل أعمالاً لجماعة

---

(١) أ.د محمد الشحات الجندى: المرجع السابق ، الموضع نفسه.

(٢) أ.د مصطفى عبد الله الهمشرى: المرجع السابق ، الموضع نفسه.

(٣) المرجع السابق: الموضع نفسه.

(٤) المرجع السابق ، ص ٢٦٣ ، أ.د محمد الشحات الجندى: مرجع سبق ذكره، ص ٢٢١ .

(٥) **الأجير المشترك:** هو (من يعمل لغير واحد). ينظر: مجمع الأنهر ، جـ٢ ، ص ٣٩١. فالأجير المشترك هو من لا يختص نفعه بواحد ، سواء عمل لغيره أو لا ، وليس بشرط أن يكون عاملاً لغير واحد ، بل إذا عمل لواحد ، فهو – أيضاً – أجير مشترك ، إذا كان بحيث لا يمتنع ، ولا يتعذر ===

مـــن الأفراد ، وليس لفرد بعينه ، كما أن المعقود عليه هو القيام بعمل معين لصـــالح العمـــيل ، وهـــو عمل معلوم يحقق منفعة للعميل(١) ، ولا شك أن الإجارة جائزة فى الفقه الإسلامى للأدلة الكثيرة التى تضافرت على ذلك(٢) ، وعلى ذلك تكون عملية تحويل النقود داخلياً عن طريق البنك جائزة.

هـــذا : وإذا كانت هذه المعاملة جائزة فإن المقابل الذى يتقاضاه البنك نظير تأديته هذه الخدمة للعميل جائز أخذه أيضاً:

فبالنســبة للمصـــاريف التى تكبدها البنك فى سبيل إتمام هذه العملية كمصـــاريف التلـــيفون ، أو الـــبرق ، أو البريد ، أو الفاكس ... إلخ. فهى مصاريف فعلية تكبدها البنك ، وقد أنفقت تسهيلاً ، وتأكيداً لمصلحة العميل ، وأن هيئة الاتصالات ، أو البريد أو غيرها إنما هى هيئات منفصلة تأخذ أجر الخدمـــات الـــتى تقوم بها ، لذلك كان أخذ البنك هذه المصاريف أمراً جائزاً شرعاً.

وبالنســبة للعمولـــة والأجر ، يجوز أخذه أيضاً على الرغم من أن البنوك لا ترسل المبالغ المحولة بالفعل ، إلا إنها أقامت القيود الحسابية مقام النقل ، مخافة السرقة أو الضياع ، وتحملت أجر ونفقة من يقوم بتلك القيود ، وتسوية الدائنية والمديونية ، ولا شك أنها تستحق على ذلك أجراً(٣).

وعلى ذلك يكون المقابل الذى يأخذه البنك لقاء قيامه بعملية التحويل الداخلى للنقود حلالاً شرعاً. والله أعلم.

=== علـيه أن يعمـل لغـيره. يـنظر: زميلـنا الفاضـل الدكـتور مبروك عبد العظـيم: ضـمان الأجـير فـى الفقـه الإسلامى والقانون الوضعى ، ص ٤٢ ، وهى رسالة ماجستير من كلية الشريعة والقانون بالقاهرة ، سنة ١٩٩٦م.

(١) أ.د محمد الشحات الجندى: مرجع سبق ذكره ، ص ٢٢٢ ، ٢٢٣.

(٢) يـنظر: عـرض الأدلـة علـى مشـروعية الإجـارة فى الفقه الإسلامى ، رسالة الدكتور مبروك عبد العظيم سالفة الذكر ، من ص ٢٢ إلى ص ٣١.

(٣) مصطفى عبد الله الهمشرى: مرجع سبق ذكره ، ص ٢٦٤.

المبحث الثانى

التحويلات النقدية الخارجية

٨١١ – ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: حقيقة عملية التحويل الخارجى.

المطلب الثانى: موقف الفقه الإسلامى من هذه المعاملة.

المطلب الأول

حقيقة عملية التحويل الخارجى

٨١٢ – **التعريف بعملية التحويل الخارجى :**

هى تلك العملية التى يقوم البنك بمقتضاها بنقل وتحويل النقود خارج حدود الدولة لحساب أحد العملاء ، سواء أكان هذا النقل والتحويل وفاء لثمن بضاعة ، أم سدداً لدين أم للاستثمار أم للإنفاق الشخصى ، أم لغير ذلك من الأغراض ، بشرط أن يقوم العميل بإيداع المبلغ المراد تحويله ، أو يكون له حساب جار به يمكن أن يغطى عملية التحويل[1].

٨١٣ – **طريقة التحويل الخارجى :**

تتم التحويلات الخارجية بالوسائل نفسها التى تتم بها التحويلات الداخلية ، التى سبق ذكرها ، علاوة على ذلك توجد بعض الوسائل الأخرى التى تتم بها عملية التحويل الخارجى ، والتى منها:

١ – **خطاب الاعتماد : هو عبارة عن خطاب ، أو رسالة يسلمها البنك إلى العميل ، ويتوجه فيه إلى فروعه ، أو مراسليه الموجودين فى الخارج ، فى الأماكن التى سيتردد عليها العميل يطلب إليهم فيه أن يدفعوا لهذا العميل المبالغ التى يريدها فى حدود المبلغ الموجود فى الخطاب ،غير أن البنك لا**

---

(١) د/ مصطفى عبد الله الهمشرى: مرجع سبق ذكره ، ص ٢٦٥ ، أ.د محمد الشحات الجندى: مرجع سبق ذكره ، ص ٢٢٦ ، ٢٢٧ ، أ.د محمد عثمان شبير: مرجع سبق ذكره ، ص ٢٧٨. محمود عبد الكريم إرشيد: مرجع سبق ذكره ، ص ١٧٠.

يسلم عميله هذا الخطاب إلا إذا قام العميل بإيداع المبلغ المطلوب فتح الاعتماد بشأنه ، أو كان له حساب جار فى البنك يمكن أن يخصم منه هذا المبلغ (١).

ويتخذ خطاب الاعتماد صوراً ، فيسمى خطاباً دائرياً ، إذا كان موجهاً إلى عدة فروع ، أو بنوك ، ويسمى: مؤيداً إذا سبقه إخطار من البنك الذى أصدره إلى الفروع المسحوب عليها يؤكد ما ورد فيه.

ويتسم هذا الخطاب بصفة شخصية فهو لا يقبل التداول ، ولا يصرف إلا من البنوك المذكورة فيه(٢).

٢ – **الشيك السياحى:** الصورة الغالبة لهذا الشيك هو أن يصدر بفئة نقدية معينة ، وعلى الصك مكان يوقع فيه العميل عند استلام الشيك ، ومكان آخر يوقع فيه عند قبض قيمته أمام البنك الذى يدفع هذه القيمة ، ليتحقق من تطابق التوقيعين ،ومن أن الذى يستوفى القيمة هو ذات المستفيد الذى استلم الشيك ممن أصدره (٣).

ويلاحظ أن هذه التحويلات تتم بواسطة القيود الحسابية بين البنوك دون نقل للمبالغ النقدية ، أى: أن قيمة ما يصرفه كل بنك يقيد فى الحساب الجارى طرفه باسم البنك مصدر الخطاب ، ويدخل ضمن المبالغ التى له إلى

---

(١) أ.د علی جمال الدين عوض عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، مرجع سبق ذكره ، فقرة ٩٧٦ ، ص ٩٨١ ، أ.د مصطفى عبد الله الهمشرى: مرجع سبق ذكره ، ص ٢٦٦ ، أ.د محمد الشحات الجندى: ص ٢٢٧.

(٢) أ.د علی جمال الدين عوض: المرجع السابق ، الموضع نفسه ، أ.د محمد الشحات الجندى: المرجع السابق ، الموضع نفسه.

(٣) أ.د علی جمال عوض: المرجع السابق ، فقرة ٩٧٩ ، ص ٩٨٣. ولعل الذى يميز الشيك السياحى عن خطاب الاعتماد ، هو أن الشيك السياحى يستخدم فى نطاق واسع ويقبل التداول فى البنوك ، وغيره من الأماكن العامة ، بينما خطاب الاعتماد شخصى الاستعمال ، ولا يقبل التداول فى هذه الأماكن. ينظر: د/ مصطفى عبد الله الهمشرى: مرجع سبق ذكره ، ص ٢٦٦. أ.د محمد الشحات الجندى: مرجع سبق ذكره ، ص ٢٢٧.

أن تحدث المقاصة [1].

٨١٤ – **عائد البنك من عملية التحويلات الخارجية :**

يتقاضى البنك من العميل مقابلاً لقاء قيامه بأداء هذه الخدمة ، وهذا المقابل يتمثل فيما يلى :

١ – عمولة تحويل.

٢ – مصاريف بريدية ، أو برقية ، أو تليفونية ، أو غير ذلك.

٣ – أجر التحويل لهذه المبالغ.

٤ – فرق السعر بين العملتين على أساس سعر " الكمبيو " فى اليوم نفسه الذى أخطر فيه البنك [2].

المطلب الثانى

موقف الفقه الإسلامى من التحويلات الخارجية

٨١٥ – بالنظر إلى التحويلات الخارجية يتضح أنها تتشابه مع التحويلات الداخلية فى أخذ العمولة ، والمصاريف ، وأجر التحويل ، وقد مر القول بجواز أخذ هذه الأشياء عند الكلام عن التحويلات الداخلية[3] ، فلا داعى لتكرار ذلك ههنا.

٨١٦ – بقى بعد ذلك بيان حكم أخذ الفرق بين سعرى العملتين ، فأقول وبالله التوفيق :

إن عملية التحويل الخارجى للنقود غالباً ما يصاحبها عملية صرف ،

---

(١) د/ مصطفى عبد الله الهمشرى: مرجع سبق ذكره ، ص ٢٦٧ ، أ.د محمد الشحات الجندى: الموضع نفسه. هذا: ويطلق على عملية التحويلات الخارجية اسم (الكمبيو) وهى كلمة لاتينية تعنى مبادلة العملة الوطنية بالعملة الأجنبية وبالعكس. ينظر: د/مصطفى الهمشرى: ص ٢٦١.

(٢) د/ مصطفى عبد الله الهمشرى: ص ٢٦٧ ، أ.د محمد الشحات الجندى: ص ٢٣١. أ.د محمد عثمان شبير: ص ٢٧٩ ، أ.د محمود عبد الكريم إرشيد: ص ٢٣٤.

(٣) يراجع آنفاً : فقرة ٨١٠ من هذه الرسالة.

وذلــك لأن من يحول جنيهات مصرية إلى قريب لــه فى سوريا ، فإن هذا القريــب لا يستلم من البنك جنيهات مصرية ، وإنما يستلم ليرات سورية[1] ، ومــن المســلم بــه أن عملــة كــل دولة تعد جنساً مختلفاً عن عملة الدولة الأخــرى[2] ، ومن ثم فإنه يجوز مبادلة عملة دولة مع عملة دولة أخرى مع زيادة فى إحدى هاتين العملتين ، وذلك لقول رسول الله ﷺ " الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، مثلاً بمثل ، سواء بسواء ، يداً بيد فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد "[3].

وإذا كــان قد أبيح التفاضل بين العمليتين المختلفتين فى الجنس ، إلا أنــه يشــترط لذلك التقايض فى الحال[4] ، لقول رسول الله ﷺ فى الحديث السابق ذكره: " فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد ".

وإذا كــان يشــترط لعملية تبادل العملات ، أو الصرف التقابض فى الحــال فإنــنا نستطيع أن نقول إن هذا الشرط قد تحقق فى عملية التحويلات الخارجــية إلا أنــه ليس قبضاً حقيقياً ، وإنما هو قبض حكمى ، وذلك لأن العميل سلم البنك المبلغ المراد تحويله ، وسلمه البنك شيكاً بالعملة الأجنبية ، أو سجل له المبلغ باسمه فى سجلاته ، وقبض العميل الشيك ، وتسجيل المبلغ فــى سجلات البنك باسم فلان يعد قبضاً لــه[5] ، وهذا ما قرره مجمع الفقه

---

(١) أ.د محمد رواس قلعة جى: مرجع سبق ذكره ، ص ١٠٢.

(٢) د/ مصطفى عبد الله الهمشرى: مرجع سبق ذكره ، ص ٢٦٨.

(٣) هــذا الحديــث أخــرجه الإمــام مســلم مــن حديث عبادة بن الصامت رضى الله عــنه. يــنظر: صــحيح مســلم بشرح النووى: كتاب المساقاه باب الربا ، جـــ١١ ، ص ١٤.

(٤) يــنظر فــى اشــتراط الــتقايض فــى الحــال بالنسبة للصرف: شرح فتح القدير ، جـــ٦ ، ص ٢٦٠ ،الشــرح الكبــير للدرديــر ، جـــ٣ ، ص٢٩ ، إعانــة الطالبين ، جـــ٣ ، ص ١٢ ، العدة شرح العمدة ، جـــ١ ، ص ٣٠١.

(٥) الشــيخ بــدر المــتولى عــبد الباســط: الفــتاوى الشــرعية فــى المســائل الاقتصــادية ، بيــت الــتمويل الكويــتى ، ص ٩٠ ، الطــبعة الثانــية ، أ.د محمد رواس قلعه جى: مرجع سبق ذكره ، ص ١٠٢.

الإســلامى فى دورته الحادية عشرة المنعقدة فى مكة المكرمة فى الفترة ما بين ١٣ إلى ٢٠ رجب سنة ١٤٠٩هـ .

وقــد جاء فى هذا القرار: " يقوم تسليم الشيك مقام القبض عند توافر شــروطه فــى مسألة صرف النقود بالتحويل فى المصارف ، ويعد القيد فى دفاتــر البــنك فى حكم القبض لمن يريد استبدال عملة بأخرى ، سواء كان الصرف بعملة يعطيها الشخص للمصرف ، أو بعملة مودعة فيه "(١).

وإذا كان شرط التقابض فى الحال قد وجد فى هذه المعاملة على هذا الــنحو عــلاوة علــى ما سبق تقريره من أن عملة كل دولة تعد مختلفة فى الجــنس عــن عملــة باقى الدول ، فإن ما يأخذه البنك من فرق السعر بين العملتين إنما هو أمر جائز.

والخلاصــــة : أن الــتحويلات الخارجية التى يقوم بها البنك خدمة للعملاء ، ويأخذ مقابل ذلك العمولة ، وفرق السعر ، والمصاريف جائزة شرعاً(٢).

---

(١) هــذا القــرار موجــود ضــمن كتاب: أ.د محمد رواس قلعه جى: المرجع السابق ، ص ١٠٢.

(٢) د/ مصــطفى عــبد الله الهمشــرى: مــرجع ســبق ذكره ، ص ٢٧٠ ، أ.د محمد الشــحات الجــندى: مــرجع ســبق ذكــره ، ص ٢٣٤. أ.د محمــد عثمان شبير: مــرجع ســبق ذكــره ، ص ٢٧٩. أ.د محمــد رواس قلعــه جــى: مرجع سبق ذكره ، ص ١٠٣ ، محمود عبد الكريم إرشيد: ص ١٧٠.

الخاتمة

الخاتمة
وتتضمن أهم نتائج البحث

بعد أن انتهيت من كتابة رسالتى أخلص إلى أهم النتائج التى توصلت إليها ، وتتمثل فيما يأتى :

١- التصرف فى الدين ببيعه للمدين بثمن حال جائز شرعاً ، سواء أكان الدين مستقراً ، أم كان غير مستقر ، وسواء أكان الدين الغير مستقر سلماً أم غير سلم ، شريطة أن يباع بسعر يومه .

٢- بيع الدين المؤجل للمدين بثمن حال أقل منه ، وهو ما يعرف بـ " ضع وتعجل " غير جائز شرعاً ، إذا كان ذلك بناء على شرط أو اتفاق ، لما فى ذلك من معنى الربا ، أما إذا عجل المدين الدين المؤجل ، فوضع عنه الدائن بعض الدين الذى عليه بغير شرط أو اتفاق جاز ذلك ، لعدم المانع من ذلك .

٣- بيع الدين للمدين بثمن مؤجل ، غير جائز ، لدخوله فى بيع الكالئ بالكالئ المنهى عنه .

٤- بيع الدين بسلعة موصوفة فى الذمة مؤجلة بأن يجعل الدين الثابت فى الذمة رأس مال فى سلم لا يجوز سواء أكان الدين مؤجلاً ، لما يؤدى إليه ذلك من بيع المؤجل بالمؤجل ، أو الكالئ بالكالئ المنهى عنه ، أم حالاً لما فى ذلك من شبهة الربا ، ومع ذلك إذا تيقن من خلو هذه الصورة من هذه الشبهة فلا مانع من جوازها .

٥- بيع الدين لغير المدين بثمن حال يعد جائزاً ، إذا خلا من المحظورات الشرعية وهذا ما يحققه الشروط التى اشترطها المالكية والشافعية .

٦- لا يجوز بيع الدين لغير المدين بثمن مؤجل ، لما فى ذلك من بيع الكالئ بالكالئ المنهى عنه .

٧- تجوز المقاصة فى الديون متى توافرت شرائطها ، ويترتب عليها سقوط الدينين بقدر الأقل منهما ، وانقضاء التأمينات .

٨- يجوز رهن الدين مطلقاً ، سواء أكان الرهن عند المدين به ، أم عند غير المدين به ، وسواء أكان الرهن ابتداء ، أو فى البقاء والدوام ؛ وذلك لأن مبنى عدم الجواز عند من قال به يرجع إلى تعذر القبض فى الرهن أو عدم القدرة على التسليم ، وقد بان من خلال البحث إمكان ذلك .

٩- لا تجوز المضاربة بالدين الذى على العامل ، بأن يقول الدائن للمدين : " اعمل بالدين الذى عليك مضاربة على أن يكون الربح بيننا ، لأن هذا الحكم هو الذى يتسق مع شروط عقد المضاربة التى من بينها : أن يكون رأس المال عيناً لا ديناً ، فإذا قام المدين — على الرغم من ذلك — بالمضاربة بالدين الذى فى ذمته فحقق أرباحاً ، أو منى بخسائر ، كانت الأرباح له والخسائر عليه ويبقى الدائن دائناً له بالدين كاملاً .

أما المضاربة بالدين الذى على غير العامل فجائزة بشرط أن يكون الدين على موسر ، حاضر ، غير ملد ، لأن العامل — والحالة هذه — يعد وكيلاً عن الدائن فى قبض الدين من المدين فإذا قبضه وضارب به ، فقد ضارب فى عين وليس فى دين ، فكان جائزاً .

١٠- الإبراء من الدين جائز ، ولا يتوقف على قبول المدين ، ويرتد برده ، ويترتب عليه انقضاء الدين ، وتأميناته .

١١- هبة الدين جائزة ، سواء أكانت للمدين به ، أم لغير المدين به ، مع مراعاة الإشهاد على الهبة ، وتسليم الموهوب له وثيقة الدين إذا كان الدين ثابتاً فى وثيقة ، والجمع بين الموهوب له ، ومن عليه الدين ، لأن من شأن هذه الشروط أن تبعد الغرر عن هذه المعاملة ، وتجعل الدين مقدور التسليم .

١٢- زكاة الدين المرجو الأداء تكون على الدائن ، يزكيه كل عام كماله الحاضر لأنه بمنزلة الدين الذى فى يده ، أو بمنزلة الوديعة ، أما

الديـــن الغير مرجو الأداء فلا زكاة عليه لما مضى من السنين ، فإذا قبضه الدائن استقبل به حولاً جديداً .

١٣- لا يجوز احتساب الدين الذى على المدين المعسر من الزكاة ، إلا فى حالتين :

(أ) إذا علم من حال الدائن أنه إذا لم يحتسب ما على مدينه الفقير من زكاته لم يزك .

(ب) إذا أســقط الدائن عن المدين من الدين قدر ما عليه من زكاة الدين .

١٤- الوصـــية بالديـــن جائزة ، سواء أكانت هذه الوصية للمدين به ، أم لغيره .

١٥- حوالـــة الديـــن جائزة ، وهى عقد من عقود الإرفاق ، ويشترط لها رضا المحيل والمحال دون المحال عليه ، لأنه ملتزم بأداء الدين إن للمديـــن أو لغيره ، مع مراعاة الشرط الذى اشترطه المالكية ، وهو ألا يكون المحال عدواً للمحال عليه .

١٦- يترتـــب على حوالة الدين نقل الدين من ذمة المحيل ، وبراءة ذمته فـــى مواجهة الدائن (المحال) فإذا تعذر على المحال الحصول على حقه من المحال عليه ، وكان هذا التعذر راجعاً إلى سبب طارئ بعد الحوالة فلا يحق للمحال الرجوع على المحيل ، اللهم إلا إذا اشترط علـــيه يســـار المحال عليه فبان معسراً ، ففى هذه الحالة يحق لـــه الرجوع عليه .

أمـــا إذا كـــان تعـــذر الاستيفاء قد حصل قبل الحوالة . فإنه والحالة هذه يكون من حق المحال الرجوع على المحيل بدينه .

١٧- تـــبقى الدفوع الخاصة بالدين المحال ، بحيث يستطيع المحال عليه أن يتمســـك فـــى مواجهـــة الدائن بجميع الدفوع التى كان بإمكان المدين الأصلى التمسك بها قبل تمام الحوالة .

أمـــا التأمينات فإنها تسقط بمجرد الحوالة ، ولا تنتقل لتضمن الديـــن فـــى ذمة المحال عليه ، ويستوى فى هذه الحالة أن تكون هذه

التأميـــنات عينية كالرهن أو شخصية كالكفالة ، خلافاً للإمام محمد بن الحســن الــذى يرى سقوط التأمينات الشخصية دون العينية ، وهو ما وافقه القانون المدنى .

١٨- توجد كثير من المعاملات المالية المعاصرة يمكن أن تخرج على أساس قواعد التصرف فى الديون .

١٩- الــتعامل بالســندات غــير جائز ، وذلك لأنه عقد قرض بفائدة تعطى لحــاملى هــذه السندات ، وهو عين الربا المحرم شرعاً ، ويمكن أن يســتعاض عــن ذلك ببعض البدائل الشرعية ، التى تقوم على أساس المشــاركة ، أو المضاربة ، أو القرض بدون فائدة إلى غير ذلك من البدائل الشرعية.

٢٠- خصم الأوراق التجارية غير جائز شرعاً ؛ لأنه يؤول إلى ربا النسيئة المحــرم ويمكن أن يستعاض عنه بكثير من البدائل الشرعية التى من أبرزها عقد السلم .

أمــا تحصيل الأوراق التجارية فهو جائزة شرعاً ، وذلك لأنه وكالة بقبض الدين فى مقابل أجر .

٢١- تظهير الأوراق التجارية بأنواعه الثلاثة ــ الناقل للملكية ، والتوكيلى ، والتأمينى ــ جائز شرعاً .

٢٢- الــتحويلات الــنقدية الداخلية والخارجية جائزة شرعاً ، والأجر الذى يتقاضاه البنك لقاء تأديته هذه الخدمة حلال شرعاً .

وَآخِرُ دَعْوَانَا أَنِ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ

وصل اللهم على سيدنا محمد النبى الأمى وعلى آله وصحبه وسلم

الفهارس

١ـ فهرس الآيات القرآنية

وقد رتبت حسب ورودها في المصحف

م	الآيــة	رقمها	الفقرة	الصفحة
	ســـورة البقـرة			
١	وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَارْكَعُوا مَعَ الرَّاكِعِينَ	٤٣	٥٦١	٤٨٤ بالهامش
٢	إِذْ تَبَرَّأَ الَّذِينَ اتُّبِعُوا مِنَ الَّذِينَ اتَّبَعُوا وَرَأَوُا الْعَذَابَ	١٦٦	٤٨٠	٤٢٠
٣	وَآتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ	١٧٧	٥٥٠	٤٧٦ بالهامش
٤	كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ	١٨٠	٦٠٤	٥٠٧ بالهامش
٥	وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ	١٨٨	٨٨	٨٩
٦	فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ	١٩٤	١١٨	١٢٤
٧	وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ	١٩٥	١٤٢	١٤٦
٨	يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ	٢١٩	١٥٥	١٦٢
٩	وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ	٢٣٧	٤٨٧	٤٢٤
١٠	------وَلَا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ	٢٦٧	٥٩٩	٥٠٣ بالهامش
١١	وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا	٢٧٨	١٥٢	١٥٦
١٢	وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ	٢٧٩	١٥٢	١٥٦
١٣	وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ	٢٨٠	٤٨٧	٤٢٤
١٤	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ	٢٨٢	٥١	٥٢
١٥	وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ	٢٨٣	٣٦٩	٣٣٤
١٦	------فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ	٢٨٣	٣٠١	٢٩٠
	ســـورة النسـاء			
١٧	------مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ	١١	٦٠	٥٨

م	الآيـــة	رقمها	الفقرة	الصفحة
١٨	------مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ	١٢	٦٠	٥٨
١٩	------مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ	١٢	٦٠	٥٨
٢٠	إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا	٥٨	٣٠١	٢٩٠
٢١	وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا	٩٢	٤٨٧	٤٢٥
	سورة المائدة			
٢٢	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ	١	٢٧	٣١
٢٣	وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى	٢	٥٥٠	٤٧٦ بالهامش
٢٤	وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ	٨٩	٢٧	١٤ بالهامش
	سورة الأنفال			
٢٥	وَلَا تَنَازَعُوا فَتَفْشَلُوا وَتَذْهَبَ رِيحُكُمْ	٤٦	٢٤٦	٢٣٣
	سورة يوسف			
٢٦	نَحْنُ نَقُصُّ عَلَيْكَ أَحْسَنَ الْقَصَصِ	٣	٢٩٥	٢٨٥
	سورة الكهف			
٢٧	فَارْتَدَّا عَلَى آثَارِهِمَا قَصَصًا	٦٤	٢٩٥	٢٨٥
	سورة الحج			
٢٨	-------- وَافْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ	٧٧	١٤٢	١٤٦
	سورة المؤمنون			
٢٩	وَالَّذِينَ هُمْ عَنِ اللَّغْوِ مُعْرِضُونَ	٣	٣٠٥	٢٩٢
	سورة القصص			
٣٠	وَقَالَتْ لِأُخْتِهِ قُصِّيهِ	١١	٢٩٥	٢٨٥
	سورة ص			
٣١	رَبِّ اغْفِرْ لِي وَهَبْ لِي مُلْكًا لَا يَنْبَغِي لِأَحَدٍ مِنْ بَعْدِي	٣٥	٥٥٠	٤٧٥ بالهامش
	سورة الشورى			
٣٢	وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا	٤٠	١١٨	١٢٤
٣٣	يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ	٤٩	٥٥٠	٤٧٥ بالهامش

م	الآيـــــة	رقمها	الفقرة	الصـفحة
	سـورة الرحمن			
٣٤	هَلْ جَزَاءُ الإِحْسَانِ إِلَّا الإِحْسَانُ	٦٠	٩٣	٩٦
	سـورة المزمل			
٣٥	وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ اللَّهِ	٢٠	٤٣٨	٤٠٠ بالهامش

٢ـ فهرس الأحاديث النبوية

وقد رتبت حسب الحروف الهجائية

م	الحديث	الفقرة	الصفحة
	قال رسول الله ﷺ :		
١	ادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله	٥٦١	٤٨٤
٢	أرأيت لو كان عليها دين أكنت تقضينه ؟	٥٣	٥٤
٣	أعوذ بالله من الكفر والدين	٤٨٣	٤٢٢
٤	أكلت ربا يا مقداد وأطعمته	١٤٨	١٥٢
٥	إن الله أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث	٥٠٨	٤٤٥
٦	إن الله وضع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه	١١	٢٠
٧	إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل امرئ ما نوى	٣٨٨	٣٥٤
٨	إن النبى ﷺ اشترى طعاما من يهودى إلى أجل	٦١	٥٩
٩	البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه	٤٣٥	٣٩٦
١٠	تصدقوا عليه	٤٨٨	٤٢٥
١١	تهادوا تحابوا	٥٥٠	٤٧٦
١٢	حجر على معاذ ماله ، وباعه فى دين كان عليه	٥٠٨	٤٤٤
١٣	حوسب رجل ممن كان قبلكم	٤٨٨	٤٢٧
١٤	الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة	٨١٦	٦٦٨
١٥	ضع من دينك هكذا	٤٨٨	٤٢٥
١٦	الظهر يركب بنفقته إذ كان مرهونا	٢٠٢	٢٩٠
١٧	فإذا اشتريت بيعا فلا تبعه حتى تقبضه	١٣٠	١٣٧
١٨	لا بأس أن تأخذها بسعر يوما ما لم تفترقا وبينكما شىء	١١٢	١١٧
١٩	لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل	١١٤	١٢٢
٢٠	لا ضرر ولا ضرار	٧٣٢	٥٩٤
٢١	لا يحل مال امرئ مسلم ، إلا بطيب نفس منه	٥٠٨	٤٤٢

م	الحـــديث	الفقرة	الصفحـة
٢٢	لا يغلق الرهن من صاحبه الذى رهنه	٤١٧	٣٧٦
٢٣	اللهم إنى أعوذ بك من غلبة الدين	٤٨٢	٤٢٢
٢٤	لعن رسول الله ﷺ آكل الربا وموكله	٧٧٧	٦٣٣
٢٥	لو دعيت إلى ذراع ، أو كراع لأجبت	٥٥٠	٤٧٦
٢٦	ما حق امرئ مسلم له شيء يوصى فيه	٦٠٤	٥٠٨
٢٧	المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالاً	٧٣٨	٥٩٥
٢٨	مطل الغنى ظلم	١٩٠	١٩٢
٢٩	من ابتاع دينا على رجل فصاحب الدين أولى	٢٣١	٢٢٢
٣٠	من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه	١٣٤	١٤٠
٣١	من أسدى إليكم معروفا فكافئوه	٩٣	٩٦
٣٢	من أسلم فى شيء فلا يصرفه إلى غيره	١٢٨	١٣٣
٣٣	من أنظر معسراً ، أو وضع له أظله الله يوم القيامة	٤٨٨	٤٢٦
٣٤	نعم حجى عنها، أرأيت لو كان على أمك دين أكنت قاضيته ؟	٥٣	٥٤
٣٥	نهى رسول الله ﷺ عن ربح ما لم يضمن	١٢٠	١٢٧
٣٦	نهى عن أن يبيع الرجل طعاما حتى يستوفيه	١٣٤	١٤٠
٣٧	نهى عن بيع الغرر	١١٧	١٢٤
٣٨	نهى عن بيع الكالئ بالكالئ	١٨٤	١٨٢
٣٩	ولقد رهن رسول الله ﷺ درعاً له بالمدينة عند يهودى وأخذمنه شعيراً لأهله	٦١	٥٩

٣- فهرس الأعلام

وقد رتبت حسب الحروف الهجائية

م	الاســـــم	رقم الفقرة	رقم الصفحة	رقم الهامش
٢٠	سعيد بن المسيب	١٠٩	١١٦	٣
٢١	سفيان الثورى	١١٢	١٢٠	٢
٢٢	سماك بن حرب	١١٢	١١٨	٣
٢٣	شريح بن الحارث (القاضى شريح)	٧١٢	٥٨٤	٣
٢٤	شعبة بن الحجاج	١١٢	١١٩	١
٢٥	طاووس بن كيسان	١٠٨	١١٤	١
٢٦	عامر بن شراحيل (الشعبى)	٧١٢	٥٨٤	٤
٢٧	عبد الحق بن عبد الرحمن (الخراط)	١٢٨	١٣٥	٢
٢٨	عبد الرحمن بن أحمد بن رجب (ابن رجب الحنبلى)	٩٣	٩٥	٣
٢٩	عبد الرحمن بن عمرو الأوزاعى	١٢٣	١٣١	١
٣٠	عبد الرحمن بن القاسم	٣٦٩	٣٣٢	٣
٣١	عبد الله بن أحمد بن محمد (ابن قدامة)	١٢٩	١٣٦	٢
٣٢	عبد الله بن شبرمه	١٠٩	١١٦	٢
٣٣	عبد الله بن على بن سلمون	٢٩٦	٢٨٦	٣
٣٤	عثمان بن على (الزيلعى)	١١٣	١٢١	٤
٣٥	عطاء بن أبى رباح	١٠٨	١١٤	٥
٣٦	عطية بن سعد العوفى	١٢٨	١٣٤	٤
٣٧	عكرمة بن عبد الله	١١٢	١٢٠	١
٣٨	على بن أحمد بن سعيد (ابن حزم)	١٠٨	١١٣	٦
٣٩	على بن عد السلام التسولى	٢٩٦	٢٨٦	٥
٤٠	على بن عبد الكافى السبكى	١٩١	١٩٣	٣

م	الاســـــم	رقم الفقرة	رقم الصفحة	رقم الهامش
٤١	على بن على الشبرملسى	٢٤٥	٢٣١	٤
٤٢	على بن محمد بن حبيب الماوردى	٤٥٨	٤٠٨	٢
٤٣	على بن محمد اللخمى	٤٦٢	٤٠٩	٢
٤٤	القاسم بن محمد	١٠٨	١١٤	٤
٤٥	قتادة بن دعامة السدوسى	١٠٨	١٤١	٣
٤٦	محمد بن إبراهيم بن المنذر	١٨٥	١٨٦	٤
٤٧	محمد بن أبى بكر (ابن القيم)	٩٣	٩٦	١
٤٨	محمد بن أحمد بن خويز منداد	٣٧١	٣٣٨	٢
٤٩	محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقى	١٩٠	١٩٢	٥
٥٠	محمد بن إدريس بن المنذر (أبو حاتم)	١١٢	١١٩	٤
٥١	محمد بن الحسن	٧٠٠	٥٧٧	٩
٥٢	محمد بن جرير الطبرى	٣٠٣	٢٩١	٣
٥٣	محمد بن عبد الله (الحاكم النيسابورى)	١١٢	١٢٠	٣
٥٤	محمد بن عبد الله بن العربى	٣٨٥	٣٥١	٢
٥٥	محمد بن عبد الله بن محمد (الزركشى)	٣٥٦	٣٢٤	٦
٥٦	محمد بن عبد الواحد (الكمال بن الهمام)	٥٥	٥٥	٤
٥٧	محمد بن على الشوكانى	١٢٨	١٣٤	١
٥٨	محمد بن محمد بن عبد الرحمن (الحطاب)	٤٣	٤٢	٣
٥٩	محمد بن محمد بن عرفة	١٨٥	١٨٦	١
٦٠	محمد بن مسلم بن عبيد الله (ابن شهاب الزهرى)	١٠٨	١١٤	٢
٦١	معاوية بن قرة	٧١٩	٥٨٨	١
٦٢	معمر بن راشد	٢٣١	٢٢٣	٢

م	الاســـــم	رقم الفقرة	رقم الصفحة	رقم الهامش
٦٣	المقداد بن عمرو (ابن الأسود)	١٤٨	١٥١	٧
٦٤	يحيى بن حمزة بن على (الإمام يحيى)	٣٦٦	٣٣٣	٤
٦٥	يحيى بن سعيد القطان	١٢٨	١٣٥	٣
٦٦	يحيى بن محمد بن هبيرة	١٨٥	١٨٦	٥
٦٧	يحيى بن معين	١١٢	١١٩	٤
٦٨	يعقوب بن إبراهيم (أبو يوسف)	٥٣	٥٣	٣
٦٩	يعقوب بن شيبة	١١٢	١١٩	٥
٧٠	يوسف بن عبد الله (ابن عبد البر)	٩٣	٩٤	٣

٤- فهــرس المـراجــع

تـنـبـيـهـان

الأول: رتبــت المـــراجع حســـب أنـــواع العلوم، ثم رتبت كتب كل علم حســـب الترتيـــب الهجـــائى لاســـم شـــهرة المؤلف، عدا المؤلفات الفقهـــية الحديـــثة والقانونـــية فقـــد رتبت هجائياً حسب اسم المؤلف كاملاً، مع عدم اعتبار، أل – أب – أم – ابن.

الثاني: رجعـــت فـــى بعـــض الكتب إلى أكثر من طبعة، فاعتبرت إحداها أصـــلية وذكـــرتها فـــى قائمـــة المراجع، وما عداها قد ذكرتها فى الهامش عند الرجوع إليها فى مواضعها من الرسالة.

أولا: القرآن الكريم وعلومه:

١ – القرآن الكريم :

٢ – الجصاص: أبو بكر بن أحمد بن على الرازى المتوفى سنة ٣٧٠هـ:

أحكام القرآن– طبعة دار الكتاب العربى – بيروت – لبنان، وهى مصورة عن طبعة مطبعة الأوقاف الإسلامية فى دار الخلافة الطبعة الثانية، بدون تاريخ.

٣ – الشوكانى: محمد بن على بن محمد المتوفى سنة ١٢٥٠هـ:

فتح القدير الجامع بين فنى الرواية والدراية من علم التفسير طبعة عالم الكتب، بدون تاريخ.

٤ – الطبرى: أبو جعفر محمد بن جرير الطبرى المتوفى سنة ٣١٠هـ:

جامع البيان عن تأويل آى القرآن ، طبعة دار الفكر، بيروت سنة ١٤١٩هـ ، ١٩٩٨.

٥ – ابن العربى: أبو بكر محمد بن عبد الله بن أحمد المتوفى سنة ٥٤٣هـ:

أحكام القرآن ، طبعة دار الجبل بيروت، بدون تاريخ تحقيق: محمد على البجاوى.

٦ – القرطبى: محمد بن أحمد بن أبى بكر المتوفى سنة ٦٧١هـ:

الجامع لأحكام القرآن، الناشر: دار الغد العربى ، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٩هـ ، ١٩٨٩م.

٧ – ابن كثير: عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن كثير المتوفى ٧٧٤هـ:

تفسير القرآن العظيم، طبعة دار الحديث، الطبعة الثانية سنة ١٤١٠هـ، ١٩٩٠م.

٨ – الكيا الهراسى: عماد الدين محمد الطبرى المتوفى سنة ٥٠٤هـ:

أحكام القرآن ، طبعة دار الكتب الحديثة بتحقيق: موسى محمد على، والدكتور عزت على سيد عطية.

ثانيا: الحديث الشريف وعلومه:

٩ – **أحمد بن حنبل : الإمام أبو عبد الله أحمد بن حنبل المتوفى سنة ٢٤١هـ:**

المسند، وقد أخرجته دار الحديث في عشرين جزء بتحقيق أحمد محمد شاكر، وحمزة أحمد الزين، وقد حقق الأول الأجزاء من الأول حتى الثامن، بينما حقق الثاني الأجزاء من التاسع حتى العشرين ، وذلك سنة ١٤١٦هـ ، ١٩٩٥م.

١٠ – **الباجي: أبو الوليد سليمان بن خلف المتوفى سنة ٤٩٤هـ:**

المنتقى شرح الموطأ، طبعة دار الكتاب العربي بيروت لبنان، وهي مصورة عن الطبعة الأولى لمولاى عبد الحفيظ سنة ١٣٣٢هـ.

١١ – **البخاري: الإمام محمد بن إسماعيل المتوفى سنة ٢٥٦هـ:**

أ- الأدب المفرد، طبعة مكتبة الآداب سنة ١٩٧٩م

ب-الجامع الصحيح المعروف بصحيح البخارى، طبعة المكتبة العصرية، بيروت سنة ١٤١١هـ، ١٩٩١م.

١٢ – **البيهقى: الحافظ أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقى المتوفى سنة ٤٥٨هـ:**

السنن الكبرى، طبعة حيدر أباد الدكن.

١٣ – **الترمذى: أبو عيسى محمد بن عيسى المتوفى سنة ٢٧٩هـ:**

سنن الترمذى المعروفة بالجامع الصحيح، طبعة دار الحديث بدون تاريخ، بتحقيق : محمد فؤاد عبدالباقى .

١٤ – **الحاكم: أبو عبد الله محمد بن عبد الله المتوفى سنة ٤٠٥هـ:**

المستدرك على الصحيحين ـ طبعة دار المعرفة ـ بدون تاريخ .

١٥ – **ابن حجر العسقلانى: أحمد بن على بن محمد المتوفى سنة ٨٥٢هـ :**

أ – تقريب التهذيب ، طبعة دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى سنة ١٤١٣هـ ، ١٩٩٣م، بتحقيق: مصطفى عبد القادر عطا.

ب – التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعى الكبير، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية سنة ١٣٩٩هـ، ١٩٧٩م.
ج – الدراية في تخريج أحاديث الهداية، طبعة مطبعة الفجالة الجديدة بالقاهرة ١٣٨٤هـ.
د – فتح البارى بشرح صحيح البخارى، طبعة دار الريان للتراث سنة ١٤٠٧هـ، ١٩٨٧م.
هـ – المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية، طبعة مؤسسة قرطبة، الطبعة الأولى سنة ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م.

١٦ – **الدارقطنى : على بن عمر بن أحمد المتوفى سنة ٣٠٥هـ:**
سنن الدارقطنى، طبعة عالم الكتب، بيروت بدون تاريخ.

١٧ – **الدارمى: الحافظ عبد الله بن عبد الرحمن المتوفى سنة ٢٥٥هـ:**
سنن الدارمى، طبعة دار الريان للتراث سنة ١٤٠٧هـ ، ١٩٨٧م.

١٨ – **أبو داود: الإمام سليمان بن الأشعث المتوفى سنة ٢٧٥هـ:**
سنن أبى داود، طبعة الدار المصرية اللبنانية، القاهرة سنة ١٤٠٨هـ ، ١٩٨٨م.

١٩ – **الذهبى: محمد بن أحمد بن عثمان الذهبى المتوفى سنة ٧٤٨هـ:**
ميزان الاعتدال في نقد الرجال، طبعة دار الفكر ، بيروت بدون تاريخ .

٢٠ – **الزيلعى: جمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعى المتوفى ٧٦٢هـ:**
نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، طبعة دار المؤمن الطبعة الأولى سنة ١٣٥٧هـ ، ١٩٣٨م.

٢١ – **زين الدين العراقى وولده أبو زرعة:**
طرح التثريب في شرح التقريب طبعة دار الفكر العربى ، بدون تاريخ.

٢٢ – السيوطى: الحافظ جلال الدين عبد الرحمن بن أبى بكر المتوفى ٩١١هـ:

تدريب الراوى فى شرح تقريب النواوى ، طبعة دار الكتب الحديثة ، القاهرة، الطبعة الثانية ١٣٨٥، ١٩٦٦م.

٢٣ – الشوكانى: الإمام محمد بن على محمد المتوفى سنة ١٢٢٩هـ :

نيل الأمطار ، طبعة دار الكتب العلمية بيروت بدون تاريخ .

٢٤ – ابن أبى شيبة: الحافظ عبد الله بن محمد بن أبى شيبة المتوفى سنة ٢٣٥هـ:

المصنف فى الأحاديث والآثار، طبعة دار الفكر بيروت الطبعة الأولى ،سنة ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م، تحقيق سعيد محمد اللحام.

٢٥ – الصنعانى: الإمام محمد بن إسماعيل المتوفى سنة ١٠٨٢هـ:

سبل السلام ، طبعة مصطفى البابى الحلبى، الطبعة الرابعة ، سنة ١٣٨٩هـ، ١٩٦٠م.

٢٦ – الطبرانى: أبو القاسم سليمان بن أحمد الطبرانى المتوفى سنة ٣٦٠هـ:

المعجم الكبير، الطبعة الثانية تحقيق: حمدى عبد المجيد السلفى.

٢٧ – الطحاوى: لإمام أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوى: المتوفى سنة ٣٢١هـ:

أ – شرح مشكل الآثار، الناشر: مؤسسة الرسالة بيروت، الطبعة الأولى سنة ١٤١٥هـ، بتحقيق: شعيب الأرناؤوط.

ب – شرح معانى الآثار، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الثانية ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م بتحقيق: محمد زهرى النجار.

٢٨ – ابن عبد البر: الحافظ أبو عمر يوسف بن عبد الله المتوفى ٤٦٣هـ .

أ – الاستذكار: توزيع مؤسسة الرسالة بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ/١٩٩٣م.

ب – التمهيد لما فى الموطأ من المعانى والأسانيد،

الناشــر: الفــاروق الحديــثة للطباعة والنشر، القاهرة الطبعة الأولى سنة ١٤٢٠هـ، ١٩٩٩م.

٢٩ – **عبد الرزاق : أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعانى المتوفى سنة ٢١١هـ:**

مصــنف عــبد الــرزاق، توزيــع المكتب الإسلامى، الطبعة الثانية، سنة ١٤٠٣هـ، ١٩٨٣م.

٣٠ – **العثمانى: مولانا ظفر أحمد العثمانى النهانوى المتوفى ١٣٩٤هـ:**

إعــلاء الســنن، طــبعة دار الكتــب العلمية، بيروت الطبعة الأولى سنة ١٤١٨هـ، ١٩٩٨م بتحقيق: حازم القاض .

٣١ – **ابن العربى: أبو بكر محمد بن عبد الله بن أحمد المتوفى سنة ٥٤٣هـ:**

عارضــة الأحــوذى بشــرح صــحيح الــترمذى، طبعة دار الكتب العلمية.

٣٢ – **العظيم أبادى: العلامة محمد شمس الحق العظيم أبادى:**

عــون المعــبود بشــرح سنن أبى داود طبعة المكتبة السلفية المدينة المنورة، الطبعة الثانية سنة ١٣٨٨هـ/١٩٦٩م.

٣٣ – **ابن القيم: محمد بن أبى بكر بن أيوب بن سعد الزرعى المتوفى ٧٥١هـ:**

شــرح ســنن أبــى داود، وهــو مطبوع أسفل عون المعبود سابق الذكر.

٣٤ – **ابن ماجه: الحافظ أبو عبد الله محمد بن يزيد القزوينى المتوفى سنة ٢٧٥هـ**

ســنن ابــن ماجــة ، طبعة دار إحياء التراث العربى ١٣٩٥ هـ/١٩٧٥م بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقى

٣٥ – **مالك بن أنس: الإمام مالك بن أنس الأصبحى المتوفى سنة ١٧٩هـ:**

الموطــأ طــبعة دار إحــياء العلــوم، بــيروت الطبعة الثالثة سنة ١٤١٤هـ/١٩٩٤.

٣٦ – **محمد فؤاد عبد الباقى:**

اللؤلــؤ والمــرجان فــيما اتفــق علــيه الشيخان، طبعة دار الحديث، الطبعة الثالثة سنة ١٤١٧هـ/١٩٩٧م.

٣٧ – **مسلم: الإمام مسلم بن الحجاج القشيرى المتوفى سنة ٢٦١هـ:**

صحيح مسلم بشرح النووى، طبعة دار الريان للتراث الطبعة الأولى سنة ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م.

٣٨ – **النسائى: الحافظ: أحمد بن على بن شعيب المتوفى سنة ٣٠٣هـ:**

سنن النسائى طبعة دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولىسنة ١٤١١هـ/١٩٩١م.

٣٩ – **الهندى: علاء الدين على المتقى حسام الدين الهندى المتوفى ٩٧٥هـ:**

كنز العمال فى سنن الأقوال والأفعال طبعة مؤسسة الرسالة بيروت سنة ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م.

٤٠ – **الهيثمى: نور الدين على بن أبى بكر الهيثمى المتوفى سنة ٨٠٧هـ:**

مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، طبعة دار الفكر بيروت سنة ١٤١٢هـ/١٩٩٢م.

ثالثا: أصول الفقه وقواعده الكلية:

٤١ – **أستاذنا الدكتور أحمد عبد العزيز السيد:**

أ – بحوث فى أصول الفقه لغير الأحقاف سنة ١٤٢٠ هـ/١٩٩٩م.

ب – مفهوم المخالفة عند الأصوليين، وهو بحث منشور فى مجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط العدد الثالث عشر سنة ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م.

٤٢ – **الإسنوى: الإمام جمال الدين عبد الرحيم المتوفى سنة ٧٧٢هـ:**

التمهيد فى تخريج الفروع على الأصول،طبعة مؤسسة الرسالةالطبعة الثالثة سنة ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م.

٤٣ – **الآمدى: على بن محمد التغلبى المتوفى سنة ٦٣١هـ:**

الإحكام فى أصول الأحكام، طبعة مؤسسة النور للطباعة ، الرياض الطبعة الأولى سنة ١٣٨٨هـ/١٩٦٩م بتحقيق الشيخ عبد الرازق عفيفى.

٤٤ – **البخارى: الشيخ عبد العزيز البخارى المتوفى سنة ٧٣٠هـ:**
كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوى، الناشر: دار الكتاب العربى بيروت سنة ١٣٩٤هـ/ ١٩٧٤م.
٤٥ – **الحموى: شهاب الدين أحمد بن محمد مكى المتوفى سنة ١٠٨٩هـ:**
غمز العيون والبصائر على الأشباه والنظائر، طبعة دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م.
٤٦ – **الرازى: فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين المتوفى سنة ٦٠٦هـ:**
المحصول فى علم الأصول، طبعة دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى سنة ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م.
٤٧ – **ابن رجب: الحافظ عبد الرحمن بن رجب الحنبلى المتوفى سنة ٧٩٥هـ:**
القواعد فى الفقه الإسلامى، طبعة دار الكتب العلمية بيروت.
٤٨ – **الزركشى: بدر الدين محمد بهادر المتوفى ٧٩٤هـ:**
المنثور فى القواعد، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الأولى سنة ١٤١٢هـ/٢٠٠٠م.
٤٩ – **السرخسى: أبو بكر محمد بن أحمد بن أبى سهل المتوفى سنة ٤٩٠هـ:**
أصول السرخس، طبعة دار المعرفة بيروت سنة ١٣٩٣ هـ/١٩٧٣م، بتحقيق أبو الوفا الأفغانى.
٥٠ – **السيوطى: جلال عبد الرحمن بن أبى بكر المتوفى سنة ٩١١هـ:**
الأشباه والنظائر، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الأولى سنة ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م.
٥١ – **أستاذنا الدكتور: عبد القادر محمد أبو العلا :**
حجية مذهب الصحابى عند الأصوليين دراسة وتطبيق، وهو بحث منشور فى مجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط، العد التاسع سنة ١٤١٧هـ/١٩٩٧م.

٥٢ – **عضد الدين الإيجي: الإمام عبد الرحمن بن أحمد الشيرازي، المتوفى ٧٥٦هـ:**
شرح العضد على مختصر ابن الحاجب، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية الطبعة الأولى سنة ١٣٩٣هـ/١٩٧٣م ، تحقيق: د/ شعبان محمد إسماعيل.

٥٣ – **الشيخ عيسى منون:**
نبراس العقول في تحقيق القياس عند علماء الأصول، طبعة إدارة المطابع المنيرية، بدون تاريخ.

٥٤ – **الغزالي: الإمام محمد بن محمد بن محمد الغزالي متوفى سنة ٥٠٥هـ :**
المستصفى من علم الأصول، الناشر مؤسسة الرسالة، بيروت الطبعة الأولى سنة ١٤١٧هـ/١٩٩٧، تحقيق محمد سليمان الأشقر.

٥٥ – **القرافي: شهاب الدين أحمد بن أدريس المتوفى سنة ٦٨٤هـ:**
الفروق طبعة عالم الكتب بدون تاريخ.

٥٦ – **المكي: محمد علي بن حسين المكي المتوفى سنة ٩٧٠هـ :**
تهذيب الفروق، وهو مطبوع بهامش الفروق السابق.

٥٧ – **ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم بن محمد المتوفى سنة ٩٧٠هـ:**
الأشباه والنظائر، طبعة مصطفى البابي الحلبي سنة ١٣٨٧هـ ١٩٦٨م بتحقيق عبد العزيز محمد الوكيل.

رابعا: كتب المذاهب الفقهية:

١ – الفقه الحنفي :

٥٨ – **البابرتي: الإمام أكمل الدين محمد بن محمود المتوفى ٦٨٦هـ:**
شرح العناية على الهداية، وهو مطبوع بهامش فتح القدير للكمال بن الهمام، طبعة دار الكتب العلمية ،بدون تاريخ.

٥٩ – **البغدادى: الإمام أبو محمد بن غانم بن محمد المتوفى سنة ١٠٣٧هـ:**

مجمع الضمانات، طبعة المطبعة الخيرية بالجمالية سنة ١٣٠٨هـ.

٦٠ – **داماد أفندى: عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المتوفى سنة ١٠٧٨هـ:**

مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، طبعة دار إحياء التراث العربى بدون تاريخ.

٦١ – **الزيلعى: الإمام فخر الدين عثمان بن على المتوفى سنة ٧٤٣هـ:**

تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق طبعة دار المعرفة للطباعة والنشر.

٦٢ – **السرخسى: شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أحمد بن سهل المتوفى ٤٨٣هـ:**

أ – شرح السير الكبير للإمام محمد بن الحسن، طبعة دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى ١٤١٧هـ، ١٩٩٧م.

ب – المبسوط طبعة دار المعرفة بيروت ـ لبنان ، الطبعة الثالثة ، أعيد طبعة بالأوفست ١٣٩٨هـ/١٩٧٨.

٦٣ – **السغدى: قاضى القضاة على بن الحسين بن محمد المتوفى سنة ٤٦١هـ:**

النتف فى الفتاوى، طبعة دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى سنة ١٤١٧هـ/١٩٩٦م.

٦٤ – **سليم رستم باز:**

شرح المجلة، طبعة دار الفكر سنة ١٤٠٦هـ، ١٩٨٦م.

٦٥ – **السمرقندى: علاء الدين السمرقندى: ٥٣٩هـ:**

تحفة الفقهاء، طبعة دار الكتب العلمية بيروت، لبنان الطبعة الأولى سنة ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م.

٦٦ – **الشلبى: العلامة شهاب الدين أحمد الشلبى:**

حاشية الشلبى على تبيين الحقائق، وهو مطبوع بهامش تعين الحقائق سالف الذكر.

٦٧ – الطحطاوى : أحمد بن محمد بن إسماعيل المتوفى سنة ١٢٣١هـ :

حاشـية الطحطاوى على الدر المختار ، طبعة مطبعة بولاق ، سنة ١٢٥٤هـ .

٦٧ – الطورى: محمد بن حسين بن على الطورى المتوفى بعد سنة ١١٣٨ هـ:

تكملـة البحر الـرائق، وهو مطبوع فى نهاية البحر الرائق طبعة دار المعرفة بدون تاريخ.

٦٨ – ابن عابدين: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز المتوفى سنة ١٢٢٥هـ:

أ – حاشـية ابـن عابديـن المسـماة رد المحـتار على الدر المخـتار، طـبعة مصـطفى الـبابى الحلـبى الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ، ١٩٦٦.

ب – العقـود الدريـة فـى تنقـيح الفـتاوى الحامدية، طبعة المطبعة الأميرية الكبرى ببولاق سنة ١٣٠٠هـ.

جـ – مجموعة رسائل ابن عابدين ، بدون تاريخ.

د – مـنحة الخـالق علـى الـبحر الـرائق، وهـى حاشية مطبوعة بهامش البحر الرائق لابن نجيم وسيأتى.

٦٩ – على حيدر:

درر الحكـام شـرح مجلـة الأحكـام، طـبعة دار الجـيل، بيروت سنة ١٤١١هـ، ١٩٩١م.

٧٠ – العينى: أبو محمد محمود بن أحمد العينى المتوفى سنة ٨٥٥هـ:

النـيابة فـى شـرح الهداية، طبعة دار الفكر، الطبعة الأولى سنة ١٤٠١هـ، ١٩٨١م.

٧١ – قاضيخان: فخر الدين حسين بن منصور الأوزجندى المتوفى سنة ٥٩٢هـ:

فـتاوى قاضـيخان، أوالفتاوى الخانية وهى مطبوعة بهامش الفتاوى الهندية، وستأتى.

٧٢ – ابن قاضى سماوة: محمود بن إسرائيل الشهير بابن (قاضى سماوة) المتوفى ٨٢٣هـ:

جامع الفصولين ، طبعة المطبعة الأميرية الكبرى سنة ١٣٠٠هـ.

٧٣ – الكاسانى: علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاسانى المتوفى ٥٨٧هـ:

بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع، طبعة دار الكتاب العربى بيروت الطبعة الثانية سنة ١٤٠٢/١٩٨٢م.

٧٤ – الكرلانى: جلال الدين الخوارزمى للكرلانى:

الكناية على الهداية وهو مطبوع أسفل شرح فتح القدير للكمال بن الهمام وسيأتى.

٧٥ – الكمال بن الهمام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد المتوفى سنة ٨٦١هـ:

شرح فتح القدير، طبعة دار الكتب العلمية بيروت.

٧٦ – محمد بن الحسن: محمد بن الحسن بن فرقد الشيبانى المتوفى سنة ١٨٩هـ:

السير الكبير، وهو مطبوع مع شرح السرخسى للكتاب المذكور وقد مر.

٧٧ – المرغينانى: برهان الدين على بن أبى بكر المتوفى سنة ٥٩٣هـ:

الهداية شرح بداية المبتدى وهو مطبوع مع شرح فتح القدير سالف الذكر.

٧٨ – الموصلى: الإمام عبد الله بن محمود بن مودود بن محمود المتوفى سنة ٦٨٣هـ:

الاختيار لتعليل المختار طبعة دار الكتب العلمية بدون تاريخ.

٧٩ – الميدانى: الشيخ عبد الغنى الغنيمى الدمشقى، أحد علماء القرن الثالث عشر:

اللباب فى شرح الكتاب طبعة المكتبة العلمية بيروت لبنان سنة ١٤١٣هـ/١٩٩٣م.

٨٠ – ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم المتوفى سنة ٩٧٠هـ.

أ – البحر الرائق شرح كنز الدقائق، طبعة دار المعرفة للطباعة والنشر الطبعة الثانية.

ب – رسائل ابن نجيم طبعة دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى سنة ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م.

٨١ – الشيخ نظام :

الفتاوى الهندية، تأليف جماعة من علماء الهند، كان رئيسهم الشيخ نظام بأمر من السلطان أبى المظفر محيى الدين محمد أورنك زيب بهادر عالم كير، طبعة المطبعة الأميرية الكبرى بولاق سنة ١٣١٠هـ.

ب – الفقه المالكى :

٨٢ – الأبى: صالح عبد السميع الأبى:

جواهر الإكليل بشرح مختصر خليل، طبعة دار الفكر بيروت، لبنان بدون تاريخ.

٨٣ – البنانى: الشيخ محمد بن الحسن بن مسعود البنانى المتوفى ١١٩٤هـ:

حاشية البنانى على شرح الزرقانى، وهو مطبوع بهامش الشرحالمذكور وسيأتى.

٨٤ – التاودى: الإمام أبو عبد الله محمد التاودى التوفى سنة ١٢٠٩هـ:

حلى المعاصم لبنت فكر ابن عاصم، وهو مطبوع أسفل كتاب البهجة شرح التحفة الآتى.

٨٥ –التسولى: أبو الحسن على بن عبد السلام التسولى المتوفى سنة ١٢٥٨هـ:

البهجة شرح التحفة، وهو شرح على الأرجوزة المسماة تحفة الحكام للقاضى أبى بكر بن محمد بن عاصم الأندلسى طبعة دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى سنة ١٤١٨هـ/١٩٩٨م

٨٦ – ابن جزى: الإمام محمد بن أحمد بن حزى الغرناطى المتوفى ٧٤١هـ:
قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية طبعة عالم الفكر القاهرة، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م.

٨٧ – ابن الجلاب: أبو القاسم عبد الله بن الحسين بن الجلاب المتوفى ٣٧٨هـ :
التفريع ، طبعة دار الغرب الإسلامى بيروت الطبعة الأولى تحقيق: حسين بن سالم الدهمانى.

٨٨ – ابن الحاجب: جمال الدين بن عمر بن الحاجب المتوفى سنة ٦٤٦هـ:
جامع الأمهات، طبعة اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق الطبعة الأولى سنة ١٤١٩هـ/١٩٩٨م تحقيق أبو عبد الرحمن الأخضر.

٨٩ – الحطاب: أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المتوفى سنة ٩٥٤هـ:
مواهب الحليل شرح مختصر خليل، طبعة دار الفكر.

٩٠ – الخرشى: أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشى المتوفى ١١٠١هـ:
شرح الخرشى على مختصر خليل طبعة دار الفكر.

٩١ – الدردير: أبو البركات أحمد بن محمد الدردير المتوفى ١٢٠١هـ:
أ – الشرح الصغير على أقرب المسالك، طبعة المعاهد الأزهرية سنة ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م.
ب – الشرح الكبير شرح مختصر خليل، وهو مطبوع بهامش حاشية الدسوقى على الشرح المذكور ط دار إحياء الكتب العربية.

٩٢ – الدسوقى: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقى المتوفى ١٢٣٠هـ:
حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدردير طبعة إحياء الكتب العربية.

٩٣ – ابن رشد الجد: محمد بن أحمد بن رشد المتوفى سنة ٥٢٠هـ:
أ – البيان والتحصيل: طبعة دار الغرب الإسلامى بيروت الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م بتحقيق الأستاذ/ محمد العرايشى.

ب – فتاوى ابن رشد: الطبعة الأولى سنة ١٤٠٧هـ، ١٩٨٧م بتحقيق/ الدكتور المختار بن الطاهر السليلى.
جـ – المقدمات الممهدات: طبعة دار الغرب الإسلامى بيروت سنة ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م.

٩٤ – **ابن رشد الحفيد: محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد المتوفى سنة ٥٩٥هـ:**

بداية المجتهد ونهاية المقتصد، طبعة مكتبة الكليات الأزهرية سنة ١٣٩٠هـ/١٩٧٠م، تحقيق محمد سالم عيسى ، وشعبان محمد إسماعيل.

٩٥ – **الزرقانى: سيدى عبد الباقى الزرقانى المتوفى سنة ١٠٩٩هـ:**

شرح الزرقانى على مختصر خليل طبعة دار الفكر بيروت سنة ١٣٩٨هـ/١٩٧٨م.

٩٦ – **ابن سلمون: عبد الله بن على بن سلمون المتوفى ٧٤١هـ:**

العقد المنظم للحكام فيما يجرى بين أيديهم من العقود والأحكام وهو مطبوع بهامش تبصرة الحكام لابن فرحون طبعة المطبعة العامرة الأشرفية الطبعة الأولى سنة ١٣٠١هـ.

٩٧ – **ابن عبد البر: الحافظ أبو عمر يوسف بن عبد الله المتوفى سنة ٤٦٣هـ :**

الكافى فى فقه أهل المدينة، طبعة دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الثانية ١٤١٣هـ/١٩٩٢م.

٩٨ – **عبد الوهاب: القاضى عبد الوهاب بن على بن نصر البغدادى المتوفى سنة ٤٢٢هـ:**

المعونة على مذهب عالم المدينة، طبعة دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى سنة ١٤١٨هـ/١٩٩٨م.

٩٩ – **العتبى: محمد العتبى القرطبى المتوفى سنة ٢٥٥هـ:**

المستخرجة من الأسمعة المعروفة بالعتبية، وهو مطبوع ضمن كتاب البيان والتحصيل لابن رشد الجد، وقد سبق ذكره.

١٠٠ – العدوى: الشيخ على بن أحمد الصعيدى العدوى المتوفى سنة ١١٨٩هـ:

حاشـية العـدوى علـى شـرح الخرشى، وهى مطبوعة مع شـرح الخرشـى علـى مختصـر خليل وقد سبقت الإشارة إليه.

١٠١ – عليش: الشيخ محمد بن أحمد بن محمد عليش المتوفى سنة ١٢٩٩هـ:

أ – شرح منح الجليل الناشر: مكتبة النجاح ليبيا.

ب – فـتح العلـى المـالك فـى الفـتوى على مذهب الإمام مـالك، المعـروف بفـتاوى الشـيخ علـيش طبعة مطبعة التقدم العلمية الطبعة الأولى سنة ١٣٢٠هـ.

١٠٢ – مالك: الإمام مالك بن أنس الأصبحى المتوفى سنة ١٧٩هـ:

المدونـة الكـبرى، روايـة سـحنون عـن ابـن القاسم عن مالك طبعة مطبعة السعادة بمصر الطبعة الأولىسنة ١٣٢٣هـ.

١٠٣ – المواق: محمد بن يوسف بن أبى القاسم العبدرى المتوفى ٨٩٧هـ:

الـتاج والإكلـيل شـرح مختصر خليل، وهو مطبوع بهامش مواهب الجليل.

جـ – الفقـه الشافعـى :

١٠٤ – البغوى: الإمام أبو محمد الحسين بن مسعود الفراء المتوفى ٥١٦هـ:

التهذيـب فـى فقـه مذهب الإمام الشافعى، طبعة دار الكتب العلمـية بـيروت الطـبعة الأولى ١٤١٨هـ ١٩٩٧م، تحقيق الشـيخ عـادل أحمـد عـبد الموجـود والشـيخ على محمد معوض.

١٠٥ – البكرى الدمياطى: العلامة عثمان بن محمد شطا الدمياطى توفى بعد ١٣٠٢هـ:

إعانـة الطالبيـن طـبعة دار إحـياء الكتـب العربـية بدون تاريخ .

١٠٦ – الجمل: الشيخ سليمان بن عمر بن منصور العجيلى المتوفى سنة ١٢٠٤هـ:

حاشـية الجمـل علـى شرح منهج الطلاب، طبعة دار الكتب

العلمية بيروت الطبعة الأولى سنة ١٤١٧هـ/١٩٩٦م.

١٠٧ – الرافعي: عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم المتوفى سنة ٦٢٣هـ:

العزيز شرح الوجيز طبعة دارة الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى سنة ١٤١٧هـ/١٩٩٧م.

١٠٨ – الرملى: أبو العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملى الكبير المتوفى ٩٥٧هـ:

حاشية الرملى على أسنى المطالب، الناشر: دار الكتاب الإسلامى القاهرة بدون تاريخ.

١٠٩ – الرملى: شمس الدين محمد بن أبى العباس أحمد بن حمزة المتوفى ١٠٠٤هـ:

نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، طبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر، الطبعة الأخيرة سنة ١٣٨٦هـ/١٩٦٧م.

١١٠ – زكريا الأنصارى: الشيخ زكريا بن محمد بن أحمد الأنصارى المتوفى سنة ٩٢٦هـ:

أ – أسنى المطالب شرح روض الطالب، الناشر: دار الكتاب الإسلامى ، القاهرة بدون تاريخ.

ب – فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، طبعة دار الفكر بيروت إعادة طبع سنة ١٤١٤هـ/١٩٩٤م.

١١١ – الشافعى: الإمام محمد بن إدريس الشافعى المتوفى سنة ٢٠٤هـ:

الأم طبعة دار قتيبة الطبعة الأولى سنة ١٤١٦هـ/١٩٩٦م تحقيق الدكتور بدر الدين حسون.

١١٢ – الشبراملسى: نور الدين على بن على الشبراملسى المتوفى ١٠٨٧هـ:

حاشية الشبراملسى على نهاية المحتاج، وهى مطبوعة أسفل نهاية المحتاج السابق.

١١٣ – الشربينى: الشيخ محمد بن أحمد الشربينى الخطيب المتوفى ٩٧٧هـ:

أ – الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع، طبعة سنة ١٢٩١هـ.

ب – مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج، طبعة مصطفى البابى الحلبى سنة ١٣٧٧هـ/١٩٥٨م.

١١٤ – الشرقاوى: العلامة عبد الله بن حجازى بن إبراهيم المتوفى سنة ١٢٢٧هـ:

حاشية الشرقاوى على تحفة الطلاب طبعة دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى سنة ١٤١٨هـ/١٩٩٧م.

١١٥ – الشيرازى: إبراهيم بن على بن يوسف الفيروز أبادى الشيرازى المتوفى سنة ٤٧٦هـ :

المهذب طبعة دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى ١٤١٦هـ/١٩٩٥م.

١١٦ – الغزالى: حجة الإسلام: محمد بن محمد بن محمد المتوفى سنة ٥٠٥هـ:

الوسيط فى المذهب طبعة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة الأولى سنة ١٤١٧هـ/١٩٩٧م.

١١٧ ـ القليوبى: شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبى المتوفى سنة ١٠٩٦هـ:

حاشية القليوبى على شرح الجلال المحلى على المنهاج وهى حاشية مطبوعة مع حاشية عميرة على الشرح المذكور، طبعة دار إحياء الكتب العربية بدون تاريخ.

١١٨ – الماوردى: على بن محمد بن حبيب الماوردى المتوفى ٤٥٠هـ:

الحاوى الكبير فى فقه مذهب الإمام الشافعى، طبعة دار الكتب العلمية بيروت تحقيق الشيخ على محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود.

١١٩ – النووى: محيى الدين أبو زكريا يحيى بن شرف النووى المتوفى سنة ٦٧٨هـ:

أ – روضة الطالبين وعمدة المفتين، طبعة المكتب الإسلامى الطبعة الثانية سنة ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م.

ب – المجموع شرح المهذب، طبعة دار الفكر بدون تاريخ.

د – الفقه الحنبلى:

١٢٠ – البعلى: أبو الحسن على بن محمد بن عباس البعلى المتوفى سنة ٨٠٣هـ:

الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية

طبعة دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى سنة ١٤١٦هـ/١٩٩٥م.

١٢١ – **بلطه جى وسليمان: على عبد الحميد بلطه جى ومحمد وهبة سليمان:**
المعتمد فى فقه الإمام أحمد وهو كتاب جرى فيه الجمع بين كتاب نيل المآرب بشرح دليل الطالب للعلامة الشيخ عبد القادر بن عمر الشيبانى وكتاب منار السبيل فى شرح الدليل للعلامة إبراهيم بن محمد بن ضويان طبعة دار الخير دمشق الطبعة الأولى سنة ١٤١٢هـ/١٩٩١م.

١٢٢ – **البهوتى: الشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتى المتوفى ١٠٥١هـ:**
أ – الروض المربع بشرح زاد المستقنع طبعة دار المكتبة الثقافية بيروت سنة ١٤٠٩هـ، ١٩٨٩م.
ب – شرح منتهى الإرادات طبعة دار الفكر .
جـ – كشاف القناع طبعة دار الفكر بيروت سنة ١٤٠٢ هـ، ١٩٨٢م.

١٢٣ – **ابن تيمية (تقى الدين): شيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم المتوفى ٧٢٨هـ:**
أ – القياس طبعة المطبعة السلفية القاهرة، الطبعة الثالثة سنة ١٣٨٥هـ.
ب – مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية الناشر: دار التقوى للنشر والتوزيع بلبيس بدون تاريخ.
جـ – نظرية العقد طبعة السنة المحمدية سنة١٣٦٨هـ.

١٢٤ – **ابن تيمية (مجد الدين) : الإمام مجد الدين بن تيمية المتوفى سنة ٦٥٢هـ:**
المحرر فى الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل الناشر: دار الكتاب العربى بيروت بدون تاريخ.

١٢٥ – **الزركشى: شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشى المتوفى ٧٧٢هـ:**
شرح الزركشى على مختصر الخرقى الناشر مكتبة العبيكان الطبعة الأولى سنة ١٤١٣هـ/١٩٩٣م.

١٢٦ – الشويكى: العلامة أحمد بن محمد بن أحمد المتوفى ٩٣٩هـ:

التوضيح فى الجمع بين المقنع والتنقيح، الطبعة الأولى سنة ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م بتحقيق ناصر بن عبد الله بن عبد العزيز الميمان.

١٢٧ – ابن ضويان: الشيخ إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان المتوفى سنة ١٣٥٣هـ:

منار السبيل فى شرح الدليل طبعة دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الأولى سنة ١٤١٨هـ/١٩٩٧م.

١٢٨ – القارى: الشيخ أحمد بن عبد الله القارى :

مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد الطبعة الأولى سنة ١٤٠١هـ/١٩٨١ تحقيق عبد الوهاب أبو سليمان ومحمد إبراهيم أحمد.

١٢٩ – ابن قدامة (شمس الدين): عبد الرحمن بن أبى عمر بن قدامة المتوفى ٦٨٢هـ:

الشرح الكبير على متن المقنع وهو مطبوع أسفل المغنى السابق.

١٣٠ ـ ابن قدامة (موفق الدين) : أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود المتوفى ٦٢٠هـ :

أ – الكافى فى فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل، طبعة المكتب الإسلامى بيروت الطبعة الثالثة سنة ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م.

ب – المغنى شرح مختصر الخرقى طبعة دار الفكر بيروت ط الأولى سنة ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م.

١٣١ – ابن القيم: محمد بن أبى بكر بن أيوب بن سعد الزرعى المتوفى سنة ٧٥١هـ:

أ – إعلام الموقعين عن رب العالمين، الناشر مكتبة الكليات الأزهرية سنة ١٣٨٨هـ/١٩٦٨م، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد.

ب – إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان، طبعة مصطفى البابى الحلبى الطبعة الثانية سنة ١٣٨١هـ/١٩٦١م.

١٣٢ – المرداوى: علاء الدين أبو الحسن على بن سليمان المتوفى سنة ٨٨٥هـ:
أ – الإنصاف في معركة الراجح من الخلاف، طبعة دار إحياء التراث العربى بدون تاريخ.
ب – تصحيح الفروع وهو مطبوع أسفل كتاب الفروع الآتى طبعة عالم الكتب الطبعة الرابعة سنة ١٤٠٤هـ/ ١٩٨٤م.
١٣٣ – ابن مفلح (برهان الدين): برهان الدين بن إبراهيم بن محمد المتوفى سنة ٨٨٤هـ
المبدع في شرح المقنع طبعة المكتب الإسلامى بيروت لبنان الطبعة الأولى سنة ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م.
١٣٤ـ ابن مفلح (شمس الدين): أبو عبد الله محمد بن مفلح المتوفى سنة ٧٦٣هـ:
الفروع وهو مطبوع أعلى تصحيح الفروع السابق.
١٣٥ – المقدسى: بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسى :
العدة شرح العمدة الطبعة الأولى سنة١٤١٢هـ/١٩٩١م.

هـ – الفقـه الظاهرى :
١٣٦ـ ابن حزم: الإمام أبو محمد على بن حزم المتوفى سنة ٤٥٦هـ:
المحلى طبعة دار الأفاق الجديدة بدون تاريخ.

و – الفقـه الزيـدى :
١٣٧ – الشوكانى: الإمام محمد بن على الشوكانى المتوفى سنة ١٢٥٠هـ:
السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، طبعة دار الكتب العلمية بيروت لبنان سنة ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م، تحقيق محمود زايد.
١٣٨ – العنسى : القاضى أحمد بن قاسم العنسى :
التاج المذهب لأحكام المذهب، طبعة دار الحكمة اليمانية سنة ١٤١٤هـ/١٩٩٣م.

١٣٩ – **ابن المرتضى: أحمد بن يحيى بن المرتضى المتوفى سنة ٨٤٠هـ:**

البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار طبعة دار الحكمة اليمانية صنعاء سنة ١٤٠٩/١٩٨٨م.

ز – الفقه الإمامي :

١٤٠ – **البحرانى: الشيخ يوسف البحرانى:**

الحدائق الناضرة فى أحكام العترة الطاهرة، طبعة دار الأضواء الطبعة الثانية، سنة ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م.

١٤١ – **الحلى: الشيخ جعفر بن الحسين بن يحيى المتوفى ٦٧٦هـ:**

أ – شرائع الإسلام فى مسائل الحلال والحرام، طبعة دار الأضواء بيروت سنة ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م.

ب – المختصر النافع، طبعة وزارة الأوقاف الطبعة الثانية سنة ١٣٧٧هـ.

١٤٢ – **الشهيد الثانى: زين الدين بن الإمام نور الدين بن على بن أحمد المتوفى ٩٦٥هـ:**

الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية، طبعة دار إحياء التراث العربى بيروت سنة ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م.

١٤٣ – **الطباطبانى: أية الله المحقق السيد على الطباطبانى:**

رياض المسائل فى بيان الأحكام بالدلائل طبعة دار الهادى بيروت الطبعة الأولى سنة ١٤١٢هـ/١٩٩٢م.

١٤٤- **الطوسى: جعفر بن محمد بن حسين بن على المتوفى سنة ٤٦٠هـ:**

الميسوط فى فقه الإمامية الناشر: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية الطبعة الثانية سنة ١٣٨٨هـ.

١٤٥ – **العاملى: السيد محمد عبد الجواد بن محمد الحسينى:**

مفتاح الكرامة شرح قواعد العلامة، طبعة مطبعة الفيحاء بدمشق سنة ١٣٣١هـ.

١٤٦ – الكركى: الشيخ على بن الحسين الكركى المتوفى سنة ٩٤٠هـ:

جامع المقاصد فى شرح القواعد، طبعة مؤسسة آل البيت لإحياء التراث بيروت الطبعة الأولى سنة ١٤١١هـ/ ١٩٩١م.

١٤٧ – النجفى: الشيخ محمد حسن النجفى المتوفى سنة ١٢٦٦هـ:

جواهر الكلام شرح شرائع الإسلام، طبعة دار إحياء التراث العربى بيروت لبنان الطبعة السابعة سنة١٩٨١م.

ح – الفقه الأباضى :

١٤٨ – أطفيش: محمد بن يوسف أطفيش المتوفى سنة ١٣٣٢ هـ:

شرح النيل وشفاء العليل، الناشر: مكتبة الإرشاد جدة الطبعة الثالثة سنة ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م.

١٤٩ – أبو ستة: عمر بن عمر أبو ستة القصبى النفوسى:

حاشية أبى ستة على الإيضاح الآتى.

١٥٠ – الشماخى: الشيخ عامر بن على الشماخى:

كتاب الإيضاح طبعة وزارة التراث القومى والثقافة بسلطنة عمان سنة ١٤١٤هـ/١٩٨٤م.

خامسا: كتب الفقه المقارن:

١٥١ – الدمشقى: العلامة صدر الدين أبى عبد الله محمد بن عبد الرحمن الدمشقى :

رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة، طبعة المطبعة الأميرية الكبرى ببولاق الطبعة الأولى سنة ١٣٠٠م.

١٥٢ – أبو عبيد: القاسم بن سلام المتوفى سنة ٢٢٤هـ :

كتاب الأموال، الناشر دار الفكر سنة ١٤٠١هـ/١٩٨١م تحقيق محمد خليل هراس.

١٥٣ – الطبرى: أبو جعفر محمد بن جرير الطبرى المتوفى سنة ٣١٠هـ:

اخـــتلاف الفقهـــاء طـــبعة دار الكتـــب العلمية الطبعة الثانية بدون تاريخ.

١٥٤ – ابن المنذر: محمد بن إبراهيم بن المنذر المتوفى سنة ٣٠٩هـ:

الإجماع طبعة دار طيبة بالرياض.

١٥٥ – ابن هبيرة: الوزير أبو المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة المتوفى سنة ٥٦٠هـ

الإفصـــاح عـــن معـــانى الصـــحاح، طبعة دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الثانية ١٤١٧هـ/١٩٩٦م.

سادسا: الكتابات الفقهية الحديثة:

١٥٦ – أ.د إبراهيم عبد الحميد:

الحوالة الطبعة التمهيدية للموسوعة الكويتية سنة١٩٧١م.

١٥٧ – العلامة أبو الأعلى المودودى:

أ – الربا: الناشر مؤسسة الرسالة بيروت ١٣٩٩هـ.

ب – فـــتاوى الـــزكاة: طـــبعة مركـــز أبحـــاث الاقتصـــاد الإسلامى بجدة سنة ١٤٠٥هـ.

١٥٨ – الشيخ أحمد إبراهيم إبراهيم :

أ – الـــتزام التـــبرعات، وهـــو بحث منشور فى مجلة القانون والاقتصـــاد العـــدد الـــثانى الســـنة الثالثة شوال ١٣٥١هـ/ ١٩٣٣م.

ب – مذكـــرة فـــى بـــيان الالتزامات وما يتعلق بها من أحكام فى الشرع الإسلامى طبعة سنة ١٩٤٥م.

١٥٩ – الشيخ أحمد أبو الفتح:

كـــتاب المعـــاملات فـــى الشـــريعة الإســـلامية والقوانيـــن المصـــرية، طـــبعة مطـــبعة النهضـــة الطـــبعة الثانـــية سنة ١٣٤٠هـ/١٩٢٢م.

١٦٠ – **أ.د أحمد فراج حسين:**

الملكـــية ونظـــرية العقـــد فـــى الشريعة الإسلامية طبعة دار المطبوعات الجامعية سنة ١٩٩٩م.

١٦١ – **أ.د بدران أبو العينين:**

الشريعة الإسلامية طبعة سنة ١٣٩٣هـ/١٩٧٣م.

١٦٢ – **أ.د / حسين حامد حسان:**

أ – الرهـــن الـــوارد علـــى غير الأعيان ، وهو بحث منشور فـــى مجلـــة القـــانون والاقتصـــاد السنة الأربعون ـــ العددين الثالث والرابع .

ب – المدخـــل لدراســـة الفقـــه الإسلامى طبعة مكتبة المتنبى بدون تاريخ.

١٦٣ – **أستاذنا الدكتور: حسين عبد المجيد أبو العلا:**

أحكـــام الحوالـــة فـــى الفقـــه الإسلامى وهو بحث منشور فى مجلة كلـــية الشـــريعة والقوانيـــن بأســـيوط، العدد ١٣ سنة ١٤٢٢ هـــ/٢٠٠١م.

١٦٤ – **أ.د رفيق يونس المصرى:**

بـــيع التقســـيط، طـــبعة دار القلم دمشق الطبعة الثانية سنة ١٤١٨ هـــ/١٩٩٧م.

١٨٥ – **أ.د سامى حسن محمود:**

بـــيع الأســـهم وســـندات القـــرض وبدائلها الشرعية فى مجال القطـــاع العـــام والخـــاص، وهـــو بحـــث منشـــور فى مجلة مجمـــع الفقـــه الإســـلامى، العـــدد الحادى عشر سنة ١٤١٩ هـــ/١٩٩٨م.

١٨٦ – **ستر بن ثواب الجعيد:**

أحكـــام الأوراق الـــنقدية والـــتجارية فـــى الفقـــه الإســـلامى الناشـــر: مكتـــبة الصـــديق بالطـــائف، الطبعة الأولى ١٤١٣ هـــ/١٩٩٣م.

١٨٧ – **أ.د سعيد أبو الفتوح:**

أحكـام الوصـية والوقـف فى الفقه الإسلامى والقانون طبعة سنة ١٤١٥هـ/١٩٩٥م.

١٨٨ – **الشيخ سيد عبد الله حسين:**

شـرح قـانون الوصـية الجديـد رقـم ٧١ لسـنة ١٩٤٦، الناشـر، مكتـبة عـبد الله وهـبة الطبعة الأولى سنة ١٣٦٦ هـ/١٩٤٧م.

١٨٩ - **أ.د صبحى محمصانى:**

الـنظرية العامـة للموجـبات والعقود فى الشريعة الإسلامية بيروت سنة ١٩٤٨م.

١٩٠ - **أ.د الصديق محمد الأمين الضرير:**

أ – السـلم وتطبـيقاته المعاصـرة، وهـو بحث منشور فى مجلـة مجمـع الفقـه الإسلامى، الدورة التاسعة الجزء الأول سنة ١٤١٧هـ/١٩٩٦م.

ب – الغـرر وأثـره فـى العقـود فى الفقه الإسلامى طبعة دار الحيل بيروت ط الثانية سنة ١٤١٠هـ/١٩٩٠م.

١٩١ – **أ.د عبد الرزاق أحمد السنهورى:**

مصادر الحق فى الفقه الإسلامى سنة ١٩٦٧م.

١٩٢ – **أ.د عبد السلام صبحى حامد:**

عقـد السـلم، قواعـده وضـوابطه فـى الشريعة الإسلامية وهـو بحـث منشـور فـى مجلـة الشـريعة والدراسـات الإسـلامية الـتى تصـدرها جامعة الكويت ، السنة الخامسة عشـرة، العـدد الـثانى والأربعيـن جمـادى الآخرة ١٤٢١ هـ/٢٠٠٠م.

١٩٣ – **أ.د عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير:**

مـدى شـرعية الرهـن الرسـمى فـى ضـوء أحكام الفقه الإسلامى، الناشر مكتبة وهبة سنة ١٩٨٨م.

١٩٤ – أ.د عبد العزيز الخياط:

أ – الأسهم والسندات من منظور إسلامى، الناشر مؤسسة دار السلام القاهرة ١٩٨٨م.

ب – الشركات فى الشرعية الإسلامية والقانون الوضعى، الناشر: مؤسسة الرسالة بيروت الطبعة الرابعة سنة ١٤١٤هـ/١٩٩٤م.

١٩٥ – أ.د عبد العظيم شرف الدين:

عقد المضاربة بين الشريعة والقانون، الناشر مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى سنة١٣٩٤هـ/١٩٧٤.

١٩٦ – أ.د عبد الكريم زيدان:

المدخل لدارسة الشريعة الإسلامية، طبعة مؤسسة الرسالة بيروت سنة ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م.

١٩٧ – أ.د عبد الله بن سليمان بن منيع:

أحكم بيوع الدين، وهو بحث منشور فى مجلة البحوث الفقهية المعاصرة السنة الحادية عشرة العدد الواحد والأربعون ١٤١٩هـ/١٩٩٩م.

١٩٨ – أ.د عبد المجيد محمود مطلوب:

النظرية العامة فى الفقه الإسلامى الناشر دار النهضة العربية سنة ١٤١٣هـ/١٩٩٣م.

١٩٩ـ أ.د على أحمد السالوس :

المعاملات المالية المعاصرة فى ضوء الشريعة الإسلامية ، الناشر : مكتبة الفلاح ـ الطبعة الأولى سنة ١٩٨٦م .

١٩٩ – فضيلة الشيخ على حسب الله:

الولاية على المال والتعامل فى الدين فى الشريعة الإسلامية طبعة سنة ١٩٦٧م .

٢٠٠ – فضيلة الشيخ على الخفيف:

الضمان فى الفقه الإسلامى طبعة سنة ١٩٩٧م.

٢٠١ – **الدكتور عيسى عبده:**

العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة بدون تاريخ.

٢٠٢ – **قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي:**

تنسيق الدكتور عبد الستار أبو غدة طبعة دار العلم دمشق، الطبعة الثانية ١٤١٨هـ/١٩٩٨م.

٢٠٣ – **الإمام محمد أبو زهرة :**

الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ، طبعة دار الفكر العربى بدون تاريخ.

٢٠٤ – **أ.د محمد أحمد سراج:**

أ – الأوراق التجارية فى الشريعة الإسلامية، الناشر دار الثقافة للنشر والتوزيع سنة ١٩٨٨م.

ب – نظرية التعسف فى استعمال الحق، طبعة دار المطبوعات الجامعية بدون تاريخ.

٢٠٥ – **محمد تقى العثمانى:**

أ – بحوث فى قضايا فقهية معاصرة طبعة دار التعلم دمشق الطبعة الأولى سنة ١٤١٩هـ، ١٩٩٨م.

ب – بيع الدين والأوراق المالية وبدائلها الشرعية وهو بحث منشور فى مجلة مجمع الفقه الإسلامى العدد الحادى عشر سنة ١٤١٩هـ/١٩٩٨م.

٢٠٦ – **أ.د محمد الحسينى حنفى :**

الموجز فى شرح قانون الوصية سنة ١٩٦٣م.

٢٠٧ ـ **أ.د / محمد حلمى عيسى :**

السندات فى ميزان الفقه الإسلامى وهو بحث منشور فى مجلة الشريعة والقانون التى تصدرها كلية الشريعة والقانون بالقاهرة العدد الرابع والعشرون.

٢٠٨ – **محمد رواس قلعه جى :**

المعـــاملات الماليـــة المعاصـــرة، فى ضوء الفقه الإسلامى، الناشـــر دار الـــنفائس عمـــان الأردن ط الأولى سنة ١٤٠٢ هـــ /١٩٩٩م.

٢٠٩ – **الشيخ محمد ذكريا البرديسى:**

التصـــرف الإســـقاطى وهـــو بحـــث منشور فى مجلة إدارة قضـــايا الحكومـــة الســـنة الثانـــية عشرة العدد الثالث يوليو / سبتمبر ١٩٦٨م.

٢١٠ – **أ.د محمد زكى عبد البر:**

التصـــرفات الشـــرعية الانفـــرادية فـــى الفقه الإسلامى وهو بحـــث منشـــور فـــى مجلـــة إدارة قضـــايا الحكومـــة السنة التاسعة العدد الأول يناير/مارس سنة ١٩٦٥م.

٢١١ – **أ.د محمد سلام مدكور:**

أ – أحكـــام الأســـرة فـــى الإســـلام الجزء الخامس: الوصية والوقـــف مـــن الناحـــية الفقهـــية والتطبيقـــية، الناشـــر: دار النهضة العربية الطبعة الثانية ١٣٩٠هـــ/١٩٧٠م.

ب – المقاصـــة فـــى الفقـــه الإســـلامى طبعة مطبعة الفجالة الجديدة الطبعة الأولى سنة ١٣٧٦هـــ/١٩٥٦م.

٢١٢ – **أ.د محمد الشحات الجندى:**

فقـــه الـــتعامل المـــالى والمصـــرفى الحديـــث الناشـــر: دار النهضة العربية سنة ١٤١٠هـــ/١٩٨٩م.

٢١٣ – **أ.د محمد عبد الغفار الشريف:**

بحـــوث فقهـــية معاصـــرة طـــبعة دار ابـــن حـــزم بيروت الطبعة الأولى سنة ١٤٢٠هـــ/١٩٩٩م.

٢١٤ – **أ.د محمد عثمان شبير:**

المعـــاملات الماليـــة المعاصـــرة فـــى الفقـــه الإسلامى الناشر دار النفائس عمان الأردن الطبعة الثالثة ١٤١٩هـــ/١٩٩٩م.

٢١٥ – **أ.د محمد على القرى بن عيد:**
بيع الدين وسندات القرض وبدائلها الشرعية فى مجال القطاع العام والخاص ، وهو بحث منشور فى مجلة مجمع الفقه الإسلامى العدد الحادى عشر سنة ١٤١٩ هـ/١٩٩٨م.

٢١٦ – **الأستاذ الشيخ محمد مصطفى شلبى:**
المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى طبعة دار التأليف سنة ١٣٨٣هـ/١٩٦٤م.

٢١٧ – **محمود عبد الكريم ارشيد:**
الشامل فى المعاملات وعمليات المصارف الإسلامية: الناشر دار النفائس عمان الأردن ط الأولى سنة ١٤٢١ هـ /٢٠٠١م.

٢١٨ – **أ.د : مصطفى أحمد الزرقا:**
أ – الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد الجزء الثالث المدخل إلى نظرية الالتزام العامة فى الفقه الإسلامى ط دار الفكر الطبعة السادسة بدون تاريخ.
ب – المصارف معاملاتها وودائعها، وفوائدها، وهو من سلسة مطبوعات جامعة الملك عبد العزيز سنة ١٤٠٤ هـ /١٩٨٣م.

٢١٩ – **أ.د مصطفى كمال طايل :**
البنوك الإسلامية ، المنهج والتطبيق ، طبعة مطابع غياش القاهرة سنة ١٩٨٧م.

٢٢٠ – **أ.د نزيه كمال حماد:**
أ – دراسات فى أصول المداينات طبعة دار الفاروق ، الطائف الطبعة الأولى سنة ١٤١١هـ/١٩٩٠م.
ب – زكاة الدين غير المرجو والمال الضمار فى الفقه الإسلامى وهو بحث منشور فى مجلة البحوث الفقهية

المعاصـــرة المملكـــة العربـــية الســـعودية السنة السابعة العدد الثامن والعشرون سنة ١٤١٦هـــ.

جـــ – عقـــد الســـلم فـــى الشريعة الإسلامية طبعة دار القلم دمشق الطبعة الأولى سنة ١٤١٤هـــ/١٩٩٣م.

د – قضـــايا فقهـــية فـــى المـــال والاقتصـــاد طبعة دار القلم دمشق الطبعة الأولى ١٤٢١هـــ/٢٠٠١م.

٢٢١ – **أ.د نصر فريد واصل :**

المدخـــل الوســـيط لدراســـة الشريعة الإسلامية طبعة مطبعة النصر الطبعة الأولى سنة ١٤٠٠هـــ/١٩٨٠م.

٢٢٢ – **أ.د وهبة الزحيلى :**

الفقـــه الإســـلامى وأدلـــته طـــبعة دار الفكر بيروت الطبعة الرابعة سنة ١٤١٨هـــ/١٩٩٧م.

٢٢٣ – **أ.د يوسف محمود قاسم :**

أ – الحقـــوق المـــتعلقة بالـــتركة فى الفقه الإسلامى، الناشر: دار النهضة العربية سنة ١٤١٠هـــ/١٩٩٠م.

ب – مـــبادئ الفقـــه الإســـلامى الناشـــر دار النهضة العربية سنة ١٤١٧هـــ/١٩٩٧م.

٢٢٤ – **أ.د يوسف القرضاوى:**

فقـــه الـــزكاة، طـــبعة مؤسسة الرسالة بيروت الطبعة الثامنة عشر سنة ١٤٠٩هـــ/١٩٨٨م.

سابـعـا: الرسائل:

٢٢٥ – **أستاذنا الدكتور أبو الحسن إبراهيم على:**

الـــتزام المؤجـــر بالضـــمان فـــى الفقـــه الإسلامى والقانون المدنـــى وهـــى دكـــتوراه فـــى كلية الشريعة والقانون ١٤٠٩ هـــ/١٩٨٩م.

٢٢٦ – **د. ربيع دردير محمد :**

النظرية العامة للإبراء فى الفقه الإسلامى ، طبعة ١٩٩٢/١٩٩٣م.

٢٢٧ – **د. شفيق شحاتة:**

النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية ، طبعة مطبعة الاعتماد بدون تاريخ.

٢٢٨ – **أستاذنا الدكتور صابر محمد سيد:**

توثيق الدين بتضامن الملتزمين به فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى ، وهى دكتوراه من كلية الشريعة والقانون سنة ١٤١٣/١٩٩٣

٢٢٩ – **أستاذنا الدكتور عبد الرازق حسن فرج:**

نظرية العقد الموثوق فى الفقه الإسلامى دراسة مقارنة الناشر دار النهضة العربية سنة ١٩٦٩م.

٢٣٠ – **أ.د عبد الناصر توفيق العطار:**

الأجل فى الالتزام طبعة دار التأليف سنة١٩٦٤/١٩٦٥م.

٢٣١ – **أ.د عبد الودود يحيى :**

حوالة الدين، دراسة مقارنة فى الشريعة الإسلامية والقانونين الألمانى والمصرى الناشر دار النهضة العربية سنة ١٩٩٢م.

٢٣٢ – **د. على أحمد على:**

تضامن المدينين – دراسة مقارنة بين القانون المدنى والفقه الإسلامى وهى دكتوراه من حقوق عين شمس ١٤١٤هـ/١٩٩٣م.

٢٣٣ – **الشيخ عيسوى أحمد عيسوى:**

المداينات، وهو بحث مقدم لنيل العالمية من درجة أستاذ سنة ١٣٦٥هـ/١٩٤٦م.

٢٣٤ – **د. محمد نجم الدين الكردى:**

بيع الدين فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى وهى دكتوراه فى كلية الشريعة والقانون بالقاهرة ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م.

٢٣٥ – **أستاذنا الدكتور محمد هاشم محمود:**

النقود فى الشريعة الإسلامية، وهى دكتوراه من كلية الشريعة والقانون سنة ١٤٠٦هـ/١٩٨٥.

٢٣٦ – **د. مصطفى عبد الحميد عياد:**

رهن الدين وتنظيم أحكامه وهى دكتوراه من كلية الحقوق جامعة القاهرة سنة ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م.

٢٣٧ – **د. مصطفى عبد الله الهمشرى:**

الأعمال المصرفية والإسلام وهى من مطبوعات مجمع البحوث الإسلامية ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م.

٢٣٨ – **د. ولاء رفعت :**

مبدأ الإثراء بلا سبب فى القانون الدولى العام والقانون المدنى والمقارن وهى دكتوراه من حقوق القاهرة سنة ١٩٧٩م.

٢٣٩ – **د. يوسف حسين أحمد :**

المقاصة دراسة مقارنة ، وهى دكتوراه من كلية الشريعة والقانون سنة ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م.

ثامنا: السير والتراجم :

٢٤٠ – **ابن الأثير: عز الدين أبو الحسن على بن محمد الجزرى المتوفى سنة ٦٣٠هـ:**

أسد الغابة فى معرفة الصحابة ـ كتاب الشعب ـ بدون تاريخ .

٢٤١ – **ابن حجر العسقلانى: أحمد بن على بن حجر المتوفى ٨٥٢هـ :**

الدرر الكامنة فى أعيان المائة الثامنة – طبعة دار الجيل

– بيروت ، سنة ١٤١٤هـ /١٩٩٣م.

٢٤٢ – **ابن خلكان: شمس الدين أحمد بن محمد بن أبى بكر بن خلكان المتوفى ٦٨١هـ:**
وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان – طبعة دار صادر بيروت ، سنة ١٩٧٠ تحقيق د/ إحسان عباس.

٢٤٣ – **الذهبى: الحافظ شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبى المتوفى ٧٤٨هـ:**
أ- تذكرة الحفاظ – طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت.
ب – سير أعلام النبلاء – طبعة مؤسسة الرسالة – الطبعة السابعة ، سنة ١٤١٠هـ/١٩٩٠م.

٢٤٤ – **ابن رجب: أبو الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين أحمد البغدادى المتوفى ٧٩٥هـ:**
الزيل على طبقات الحنابلة – الناشر: دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت – بدون تاريخ.

٢٤٥ – **الزركلى: خير الدين الزركلى:**
الإعلام – طبعة دار العلم للملايين – بيروت الطبعة التاسعة ، نوفمبر ١٩٩٠م.

٢٤٦ – **السخاوى: شمس الدين محمد بن عبد الرحمن السخاوى المتوفى ٩٠٢هـ:**
الضوء اللامع لأهل القرن التاسع – الناشر: مكتبة الحياة – بيروت.

٢٤٧ – **ابن سعد: محمد بن سعد بن منيع الهاشمى البصرى المتوفى ٢٣٠هـ:**
الطبقات الكبرى – طبعة دار الكتب العلمية – بيروت ، الطبعة الأولى ، سنة ١٤١٠هـ – ١٩٩٠م تحقيق: محمد عبد القادر عطا.

٢٤٨ – **الضبى: أحمد بن يحيى بن أحمد بن عميرة المتوفى ٥٩٩هـ:**
بغية الملتمس فى تاريخ رجال الأندلس – طبعة دار الكتاب العربى ، سنة ١٩٦٧م.

٢٤٩ – ابن العماد: أبو الفلاح عبد الحى بن العماد الحنبلى المتوفى ١٠٨٩هـ:
شذرات الذهب فى أخبار من ذهب – طبعة دار الفكر.

٢٥٠ – ابن فرحون: القاضى إبراهيم بن نور الدين المعروف بابن فرحون المتوفى ٧٩٩هـ:
الديباج المذهب فى معرفة أعيان المذهب – طبعة دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٧هـ – ١٩٩٦م.

٢٥١ – الكتبى: محمد بن شاكر المتوفى ٧٦٤هـ:
فوات الوفيات – طبعة دار صادر، بيروت – تحقيق: د/ إحسان عباس.

٢٥٢ – ابن كثير: الحافظ ابن كثير الدمشقى المتوفى سنة ٧٧٤ هـ:
البداية والنهاية – طبعة مكتبة المعارف بيروت – الطبعة الثانية – سنة ١٤١١هـ – ١٩٩٠م.

٢٥٣ – كحالة: عمر رضا كحالة:
معجم المؤلفين – طبعة دار إحياء التراث العربى – بيروت.

٢٥٤ – محمد المحبى:
خلاصة الأثر فى أعيان القرن الحادى عشر – طبعة دار صادر بيروت – بدون تاريخ.

٢٥٥ – محمد بن محمد مخلوف:
شجرة النور الزكية فى طبقات المالكية – طبعة دار الكتاب العربى – بدون تاريخ.

٢٥٦ – أبو نعيم: الحافظ أبو نعيم أحمد بن عبد الله الأصفهانى المتوفى ٤٣٠هـ:
حلية الأولياء وطبقات الأصفياء – طبعة دار الكتب العلمية – بيروت – الطبعة الأولى – سنة ١٤٠٩هـ – ١٩٨٨م.

٢٥٧ – النووي: أبو زكريا يحيى بن شرف النووي المتوفى ٦٧٨هـ:

تهذيب الأسماء واللغات – طبعة دار الكتب العلمية – بدون تاريخ.

٢٥٨ – الواقدي: الإمام محمد بن عمر الواقدي المتوفى ٢٠٧هـ:

المغازي ، طبعة عالم الكتب – بيروت – تحقيق: مارسدن جونس.

تاسعاً: اللغة العربية والمعاجم:

٢٥٩ – الرازي: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي المتوفى سنة ٦٦٦هـ:

مختار الصحاح – طبعة دار المعارف.

٢٦٠ – الزمخشري: جار الله أبو القاسم محمود بن عمر الزمخشري المتوفى سنة ٥٣٨ هـ:

أساس البلاغة – طبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب – الطبعة الثالثة ، سنة ١٩٨٥م.

٢٦١ – الفيروز أبادي: مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي المتوفى ٨١٧هـ:

القاموس المحيط – طبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب سنة ١٤٠٠هـ ١٩٨٠م وهي نسخة مصورة عن الطبعة الثالثة للمطبعة الأميرية ، سنة ١٣٠٢هـ.

٢٦٢ – الفيومي: أحمد بن محمد بن على المقرئ الفيومي المتوفى سنة ٧٧٠هـ:

المصباح المنير في غريب الشرح الكبير – طبعة المكتبة العلمية – بيروت ، بدون تاريخ.

٢٦٣ – معجم ألفاظ القرآن الكريم :

الصادر عن مجمع اللغة العربية ، ط المطابع الأميرية ، سنة ١٣٧٩هـ – ١٩٥٩م.

٢٦٤ – المعجم الوجيز:

الصادر عن مجمع اللغة العربية – طبعة وزارة التربية والتعليم، سنة ١٤١٦هـ – ١٩٩٥م.

٢٦٥ – **ابن منظور: أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور المصرى ٧١١هـ:** لسان العرب – طبعة إحياء التراث العربى – بيروت – لبنان – الطبعة الثانية – سنة ١٤١٨هـ – ١٩٩٧م.

عاشراً: كتب القانون:

٢٦٦ – **أ.د أبو زيد رضوان:** الأوراق التجارية – الناشر دار الفكر العربى – بدون تاريخ.

٢٦٧ – **أ.د أحمد حشمت أبو ستيت:** نظرية الالتزام فى القانون المدنى الجديد الكتاب الأول: مصادر الالتزام – طبعة ١٩٥٤م.

٢٦٨ – **أ.د أحمد سلامة:**

أ- مذكرات فى التأمينات المدنية – الطبعة الأولى ١٩٦١ – ١٩٦٢م.

ب - مذكرات فى نظرية الالتزام – الكتاب الثانى: أحكام الالتزام ، بدون بيانات.

٢٦٩ – **أ.د أحمد فتحى زغلول:** شرح القانون المدنى (القديم) – طبعة ١٩١٣م.

٢٧٠ – **أ.د إسماعيل غانم:** فى النظرية العامة للالتزام – الجزء الأول : مصادر الالتزام سنة ١٩٦٨ م ، الجزء الثانى _ أحكام الالتزام والإثبات . الناشر مكتبة عبد الله وهبه سنة ١٩٦٧ م.

٢٧١ـ **ا.د / بدر جاسم اليعقوب** : الإبراء أعقد هو أم تصرف بإرادة منفردة، وهو بحث منشور فى مجلة الحقوق الكويتية السنة السابعة العدد الثانى رمضان ١٤٠٣هـ، يونيو ١٩٨٣م.

٢٧٢ – **أ.د توفيق حسن فرج:**

أ – التأمينات الشخصية والعينية الناشر مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية سنة ١٩٨٤م.

ب – النظرية العامة للالتزام الجزء الثانى : أحكام

الالتزام طبعة سنة ١٩٨٥م.

٢٧٣ – أ.د **ثروت حبيب**: نظرات فى دفع غير المستحق، وهو بحث منشور فى مجلة القانون والاقتصاد العدد الأول سنة ١٩٨٥م.

٢٧٤ – أ.د **جلال على العدوى**: أصول أحكام الالتزام والإثبات، الناشر منشأة المعارف الإسكندرية سنة ١٩٩٦م.

٢٧٥ – أ.د **جلال محمد إبراهيم**:

أ – انقضاء الالتزام طبعة سنة ١٩٩٥م.

ب – النظرية العامة للالتزام القسم الثانى: أحكام الالتزام سنة ٢٠٠٠م.

٢٧٦ – أ.د **جمال الدين طه العاقل**: عقد الهبة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى، طبعة دار الهدى للطباعة سنة ١٣٩٨هـ، ١٩٧٨م.

٢٧٧ – أ.د **جميل الشرقاوى**:

أ – الإثراء بلا سبب على حساب الغير، وهى دروس فى القانون المدنى مع التعمق لطلبة الدراسات العليا، دبلوم القانون الخاص جامعة القاهرة سنة ١٩٧١/١٩٧٢م.

ب – دروس فى التأمينات الشخصية والعينية سنة ١٩٧٦م.

جـ – النظرية العامة للالتزام الجزء الأول: مصادر الالتزام الناشر: دار النهضة العبية ١٩٩٥م، الجزء الثانى: أحكام الالتزام دار النهضة العربية ١٩٨١م.

٢٧٨ – أ.د **حسام الدين كامل الأهوانى**:

أ – أصول القانون بالاشتراك مع د. حمدى عبد الرحمن سنة ١٩٩٦م.

ب – التأمينات العينية فى القانون المدنى المصرى، الطبعة الثالثة سنة ١٩٩٩/٢٠٠٠م.

جـ – النظرية العامة للالتزام الجزء الثانى، أحكام الالتزام سنة ١٩٩٦ بدون ناشر.

٢٧٩ – أ.د **رضا متولى وهدان**: تجديد الالتزام الناشر: دار الجامعة الجديدة للنشر سنة ١٩٩٩م.

٢٨٠ـ أ.د **رمضان أبو السعود**: التأمينات الشخصية والعينية جـ ١ التأمينات الشخصية والرهن الرسمى الطبعة الأولى سنة ١٩٨٠م.

٢٨١ – أ.د **سعيد سعد عبد السلام**: الوجيز فى أحكام الالتزام والإثبات – الناشر دار النهضة العربية سنة ٢٠٠٠م.

٢٨٢ – أ.د **سليمان مرقس**: الوافى فى شرح القانون المدنى: ٢ – فى الالتزامات المجلد الأول نظرية العقد والإدارة المنفردة، الطبعة الرابعة ١٩٨٧م، المجلد الثالث: الإثراء على حساب الغير الطبعة الثالثة سنة ١٩٩٠م.

٢٨٣ – أ.د **سميحة القليوبى**: القانون التجارى عمليات البنوك الأوراق التجارية الناشر: مكتبة عين شمس بدون تاريخ.

٢٨٤ – أ.د **سمير عبد السيد تناغو**:

أ – التأمينات الشخصية والعينية سنة ١٩٨٥م.

ب – نظرية الالتزام الناشر: منشأة المعارف الإسكندرية بدون تاريخ.

٢٨٥ – أ.د **السيد عيد نايل**: أحكام الضمان العينى والشخصى: وهو من مطبوعات جامعة الملك سعود سنة ١٤١٩هـ.

٢٨٦ – أ.د **شمس الدين الوكيل**: الموجز فى نظرية التأمينات، الناشر: منشأة المعارف الإسكندرية الطبعة الأولى سنة ١٩٦٦م.

٢٨٧ – أ.د **صلاح الدين الناهى**: الكسب دون سبب والفضالة كمصدرين للالتزام، وهو من مطبوعات معهد الدراسات العربية العالية سنة ١٩٥٩م.

٢٨٨ – أ.د **عبد الحكم فودة**: دعاوى براءة الذمة، الناشر: دار الفكر الجامعى الإسكندرية بدون تاريخ.

٢٨٩ – أ.د عبد الحى حجازى:

أ – مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، بدون بيانات.

ب – النظرية العامة للالتزام، الجزء الثانى: أحكام الالتزام طبعة المطبعة العالمية سنة ١٩٥٨م.

٢٩٠ – أستاذنا الدكتور عبد الخالق حسن أحمد:

أ – دروس فى مصادر الالتزام سنة ١٩٨٤م.

ب – الكفالة دراسة مقارنة بين القانون المدنى والفقه الإسلامى طبعة دار الهدى للطباعة سنة ١٤٠٦هـ، ١٩٨٦م.

٢٩١ – أستاذنا الدكتور عبد الرازق حسن فرج:

أ – الإبراء من الالتزام، دارسة مقارنة، الطبعة الأولى سنة ١٣٩٦هـ، ١٩٧٦م.

ب – دور السكوت فى التصرفات القانونية دراسة مقارنة طبعة مطبعة المدنى بمصر سنة ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م.

جـ – النظرية العامة للالتزام الكتاب الأول مصادر الالتزام سنة ١٩٨٣م، الكتاب الثانى: أحكام الالتزام سنة ١٩٩٣/١٩٩٤م.

٢٩٢ – أ.د عبد الرزاق السنهورى:

أ – الموجز فى النظرية العامة للالتزام وهو من منشورات محمد الداية بيروت بدون تاريخ.

ب – الوسيط فى شرح القانون المدنى، نظرية الالتزام بوجه عام، المجلد الأول العقد الطبعة الثانية سنة١٩٨١م.

– الجزء الثالث: نظرية الالتزام بوجه عام الأوصاف والحوالة والانقضاءدار إحياء التراث العربى ١٩٥٨م.

– ا لجزء الخامس: العقود التى تقع على الملكية الهبة، والشركة والفرض، الدخل الدائم الصلح، طبعة دار إحياء التراث العربى.

- الجزء التاسع: أسباب كسب الملكية، الناشر: دار النهضة العربية سنة ١٩٦٨م.
- الجزء العاشر: التأمينات الشخصية والعينية الناشر: دار النهضة العربية سنة ١٩٧٠م.

٢٩٣ – **أ.د عبد الفتاح عبد الباقى**:

أ – أحكام القانون المدنى المصرى – التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤م.

ب – دروس فى أحكام الالتزام، طبعة مطبعة جامعة القاهرة سنة ١٩٩٢م.

جـ – نظرية العقد والإدارة المنفردة سنة ١٩٨٤م.

٢٩٤ – **أ.د عبد القادر الفار**: أحكام الالتزام، آثار الحق فى القانون المدنى الأردنى، الناشر مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الطبعة الثانية سنة ١٩٩٥م.

٢٩٥ – **أ.د عبد المنعم البدراوى**:

أ – التأمينات العينية ، الناشر: دار القومية العربية للطباعة بدون تاريخ.

ب – النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى، الجزء الثانى: أحكام الالتزام، الناشر: سيد عبد الله وهبة ١٩٧٥م.

٢٩٦ – **أ.د عبد المنعم فرج الصدة**: مصادر الالتزام، الناشر: دار النهضة العربية سنة ١٩٨٦م.

٢٩٧ـ **أ.د عبد الناصر العطار**:

أ – التأمينات العينية، بدون تاريخ.

ب – مصادر الالتزام، طبعة مؤسسة البستانى بدون تاريخ.

جـ – مصادر الالتزام الإرادية فى قانون المعاملات المدنية الإماراتى وهو من مطبوعات جامعة الإمارات

سنة ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م.

٢٩٨ – **أ.د عبد الودود يحيى**: الموجز في النظرية العامة للالتزامات، المصادر، الأحكام، الإثبات الناشر: دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٤م.

٢٩٩ – **أ.د على البارودى**: العقود وعمليات البنوك التجارية، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية بدون تاريخ.

٣٠٠ – **أ.د على جمال الدين عوض**:

أ – عمليات البنوك من الوجهة القانونية، الناشر: دار النهضة العربية الطبعة الثالثة سنة ٢٠٠٠م.

ب – الوجيز في القانون التجارى، الناشر: دار النهضة العربية سنة ١٩٨٤م.

٣٠١ – **أ.د غازى أبو عرابى**: رهن الدين في التشريع الأردنى، وهو بحث منشور في مجلة دراسات الأردنية، المجلد ٢٤ العدد ٢ كانون الأول ١٩٩٧م، شعبان ١٤١٨هـ.

٣٠٢ – **أ.د فتحى عبد الرحيم**: دروس في أحكام الالتزام، الآثار، الأوصاف الانتقال الانقضاء الإثبات ـ الناشر: مكتبة الجلاء الجديدة ، بدون تاريخ.

٣٠٣ – **أ.د محسن شفيق**: الوسيط في القانون التجارى، الطبعة الثالثة سنة ١٩٥٧م.

٣٠٤ ـ **أ.د محمد إبراهيم الدسوقى**:

أ – مصادر الالتزام طبعة سنة ١٩٨١م.

ب – نظرية الالتزام طبعة سنة ١٩٩٢م.

٣٠٥ – **أ.د محمد سامى مدكور**: أحكام الالتزام سنة ١٩٥١م.

٣٠٦ – **أ.د محمد طه البشير**: الوجيز في الحقوق العينية التبعية طبعة دار الحرية بغداد، الطبعة الرابعة سنة ١٩٧٦م.

٣٠٧ – **أ.د محمد على عرفة**: التقنين المدنى، شرح مقارن على النصوص، الناشر: مكتبة النهضة المصرية ، الطبعة الأولى

سنة ١٩٤٩م.

٣٠٨ – **أ.د محمد على عمران**: مبادئ العلوم القانونية، طبعة مطبعة القاهرة الجديدة ، بدون تاريخ.

٣٠٩ – **أ.د محمد كامل مرسى**:

أ – شرح القانون المدنى الجديد: الحقوق العينية التبعية طبعة المطبعة العالمية الطبعة الثانية١٣٧٠هـ، ١٩٥١م.

ب – شرح القانون المدنى الجديد العقود المسماة طبعة المطبعة العالمية سنة ١٣٦٨هـ، ١٩٤٩م.

جـ – الموجز فى التأمينات ـ طبعة مطبعة فتح إلياس نورى وأولاده بمصر سنة ١٣٥٧، ١٩٣٩م.

٣١٠ – **أ.د محمد لبيب شنب**:

أ – أحكام الالتزام بدون تاريخ.

ب – دروس فى التأمينات العينية والشخصية الناشر: دار النهضة العربية سنة ١٩٧٣م.

جـ – دروس فى نظرية الالتزام مصادر الالتزام طبعة دار التأليف، بدون تاريخ.

٣١١ – **أ.د محمود جمال الدين زكى**:

أ – التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة سنة ١٩٧٩م.

ب – دروس فى الحقوق العينية الأصلية، طبعة جامعة القاهرة سنة ١٩٧٥/١٩٧٦م.

جـ – العقود المسماة ، الناشر: دار الكتاب العربى ١٩٥٣م.

د – نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى، الجزء الثانى فى أحكام الالتزام، طبعة مطبعة جامعة القاهرة سنة ١٩٧٤م.

٣١٢ – **أ.د مصطفى الجمال**:
أ – أحكام الالتزام سنة ٢٠٠٠م.
ب – نظـــام الملكـــية ، الناشـــر: منشأة المعارف، الإسكندرية بدون تاريخ.
٣١٣ – **أ.د منذر الفضل**: الـــنظرية العامـــة للالـــتزامات فـــى القانون المدنى الأردنـــى، طـــبعة دار الـــثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن الطبعة الأولى سنة ١٤١٢هـ، ١٩٩٢م.
٣١٤ – **أ.د منصور مصطفى منصور**:
أ – التأمينات العينية سنة ١٩٦٣م.
ب – مذكرات فى مصادر الالتزام سنة ١٩٧٢م.
جـ – عقد الكفالة طبعة ١٩٦٠ م.
٣١٥ – **أ.د / نبيل إبراهيم سعد**: التأميـــنات العينـــية والشخصية الناشر: منشأة المعارف الإسكندرية، بدون تاريخ.
٣١٦ – **أ.د نعمان خليل جمعة**: دروس فـــى المدخـــل للعلـــوم القانونـــية سنة ١٩٧٨م.
٣١٧ – **أ.د هانى محمد دويدار**: العقـــود الـــتجارية والعملـــيات المصـــرفية، الناشر دار الجامعة الجديدة للنشر سنة ١٩٩٤م.

حادى عشر: الدوريات والأحكام:
٣١٨ – **مجلة إدارة قضايا الحكومة**: الســـنة التاســـعة العدد الأول يناير/مارس ١٩٦٥ والســـنة الثانـــية عشـــرة العـــدد الثامن يوليو/ سبتمبر سنة ١٩٦٨م.
٣١٩ – **مجلة البحوث الفقهية المعاصرة** : المملكـــة الســـعودية، الســـنة السابعة العـــدد الثامـــن والعشـــرون ســـنة ١٤١٦هـ، والسنة الحادية عشرة العدد الواحد والأربعون ١٤١٩هـ، ١٩٩٩م
٣٢٠ –**مجلة الحقوق الكويتية**: الســـنة الســـابعة العدد الثانى، رمضان ١٤٠٣ هـ ، يونيو ١٩٨٣م.

٣٢١ – **مجلة دراسات الأردنية** : المجلد ٢٤ العدد ٢ كانون الأول ١٩٩٧م، شعبان ١٤١٨هـ.

٣٢٢ – **مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية** : التى تصدرها جامعة الكويت السنة الخامسة عشرة العدد الثانى والأربعون جمادى الآخرة ١٤١٢هـ، سبتمبر ٢٠٠٠م.

٣٢٣ – **مجلة الشريعة والقانون** : التى تصدرها كلية الشريعة والقانون بالقاهرة العدد الرابع والعشرون.

٣٢٤ ـ **مجلة العلوم القانونية والاقتصادية** : التى تصدرها كلية الحقوق جامعة عين شمس عدد يناير سنة ١٩٧٣م.

٣٢٥ – **مجلة القانون والاقتصاد** : التى تصدرها كلية الحقوق جامعة القاهرة السنة الثالثة العدد الثانى ١٣٥١هـ، ١٩٣٣م والسنة الخامسة والثلاثون العدد الأول.

٣٢٦ – **مجلة كلية الشريعة والقانون** : بأسيوط العدد ١٣ سنة ١٤٢٢هـ، ٢٠٠١م.

٣٢٧ – **مجلة مجمع الفقه الإسلامى**: التى يصدرها مجمع الفقه الإسلامى المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامى العدد التاسع الجزء الأول سنة ١٤١٧هـ، ١٩٩٦م، والعدد الحادى عشر، الجزء الأول ١٤١٩هـ، ١٩٩٨م.

٣٢٩ – **مجموعة أحكام النقض** : التى يصدرها المكتب الفنى.

٥ـ فهـــرس المـــوضـــوعـــات

وَآخِرُ دَعْوَانَا أَنِ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ

إيداع محلي	٢٠٠٥/١٠٦٥١
ترقيم دولي	*I.S.B.N*
	977-328-192-2